

**KONSERNINTERNE LÅN M.V. –  
FORHOLDET TIL AKSJELOVEN  
§§ 3-6, 3-8, 3-9, 8-7 OG 8-10**

Kandidatnummer: 647  
Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17486 ord

27.11.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	2
1.3	Den videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>KONSERNINTERNE LÅNEARRANGEMENTER</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>BAKGRUNN OG RETTSKILDEBILDET</u></b>	<b><u>6</u></b>
3.1	Bestemmelsenes bakgrunn og forhistorie	6
3.1.1	§§ 3-9 og 3-6	6
3.1.2	§ 3-8	6
3.1.3	§§ 8-7 og 8-10	9
3.2	Rettskilder	9
3.3	Hensynene bak reglene	12
<b><u>4</u></b>	<b><u>KRAVET TIL FORRETNINGSMESSIGE VILKÅR OG PRINSIPPER JF. § 3-9</u></b>	<b><u>14</u></b>
4.1	Innledning	14
4.2	”Vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”	16
4.3	Oppsummering	21
<b><u>5</u></b>	<b><u>BEGRENSNINGENE SOM FØLGE AV REGLENE OM UTDELING JF. § 3-6</u></b>	<b><u>21</u></b>
5.1	Bestemmelsens omfang	21

<b>5.2</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>24</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>VIRKEOMRÅDET TIL SAKSBEHANDLINGSREGELEN § 3-8</u></b>	<b><u>24</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>24</b>
<b>6.2</b>	<b>”Avtale”</b>	<b>25</b>
<b>6.3</b>	<b>”Selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen”</b>	<b>26</b>
6.3.1	Problemstillingen	26
6.3.2	Datterselskapets ytelse der det opptrer som låntager	27
6.3.3	Datterselskapets ytelse der det opptrer som långiver	28
6.3.4	Datterselskapets ytelse der det stiller garanti og/eller sikkerhet	29
6.3.5	Forholdet til omgåelse	30
6.3.6	Tidspunktet for vurderingen	33
<b>6.4</b>	<b>Unntaket i § 3-8 (1) nr 4 – den reelle hovedregel</b>	<b>34</b>
6.4.1	Problemstillingen	34
6.4.2	”Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet”	34
6.4.3	”Pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”	41
6.4.4	Forholdet mellom § 3-8 første ledd nr 4 og § 3-9 første ledd	44
<b>6.5</b>	<b>§3-8 annet ledd - en materiell bestemmelse? Forholdet til § 3-9 første ledd</b>	<b>46</b>
<b>6.6</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>48</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>SÆRLIG OM LÅN OG KREDITT TIL MORSELSKAP, JF. §§ 8-7 OG 8-10</u></b>	<b><u>48</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Særlig om lån og kreditt fra datterselskap til morselskap, forholdet til § 8-7</b>	<b>48</b>
7.1.1	Bestemmelsens omfang	48
7.1.2	Utenlandsk morselskap	49
7.1.3	Forholdet mellom §§ 8-7 og 3-8	50
7.1.4	Oppsummering	51
<b>7.2</b>	<b>Særlig om lån og kreditt fra datterselskap til morselskap i forbindelse med morselskapets erverv av aksjer i datterselskapet, forholdet til § 8-10</b>	<b>51</b>
7.2.1	Bestemmelsens omfang	51

7.2.2	Å ”stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet”	53
7.2.3	”I forbindelse med”	53
7.2.4	Oppsummering	55
<b>8</b>	<b><u>KONSEKVENSER AV AT REGLENE IKKE OVERHOLDES</u></b>	<b><u>55</u></b>
<b>9</b>	<b><u>REGISTER</u></b>	<b><u>58</u></b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Tema og problemstilling

I konsernforhold<sup>1</sup> foretas det en rekke transaksjoner av økonomisk og forretningsmessig karakter. Noen av disse er lån, garantier og sikkerhetsstillelser. Slike transaksjoner kan gis fellesbetegnelsen konserninterne lånearrangementer, og spiller en betydelig rolle i måten konserner finansieres og driftes på.

Aksjeloven<sup>2</sup> har flere spesialbestemmelser som regulerer transaksjoner mellom selskaper som har en særlig tilknytning til hverandre. Fordi konserninterne transaksjoner innebærer transaksjoner mellom et selskap på den ene siden, og et morselskap eller søsterselskap på den andre siden, kommer disse reglene til anvendelse. Formålet med disse bestemmelsene er hovedsakelig å verne om selskapskapitalen. Vernet av selskapskapitalen er motstykket til ansvarsbegrensningen som følger av aksjeselskapsformen.

Temaet for oppgaven er et utvalg av de problemstillinger konserninterne lånearrangementer reiser i forhold til aksjelovens bestemmelser. Hovedvekten vil bli lagt på § 3-8, som er en forholdsvis ny bestemmelse, og som nylig ble endret. § 3-8 står i nær sammenheng med andre bestemmelser i aksjeloven, særlig §§ 3-6, 3-9, 8-7 og 8-10, og disse vil derfor også bli behandlet. Formålet med oppgaven er å trekke opp grensene for når og hvordan de ulike bestemmelsene kommer til anvendelse på konserninterne lånearrangementer.

§ 3-9 oppstiller generelle vilkår om at transaksjoner mellom konsernselskaper skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. § 3-6 kommer inn som en skranke i forhold til hvilke utdelinger som kan foretas fra et selskap. § 3-8 kommer i tillegg inn som

---

<sup>1</sup> Se kapittel 3 for nærmere forklaring.

<sup>2</sup> Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45.

en begrensning ved at visse typer transaksjoner mellom et selskap og en aksjeeier må godkjennes av generalforsamlingen for å være gyldig, og det gjelder bestemte krav til selskapets saksbehandling før slik godkjenning kan gis. § 8-7 begrenser et selskaps adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier, men inneholder samtidig vidtgående unntak for konserninterne forhold. § 8-10 forbyr et selskap å stille midler til rådighet eller yte lån eller sikkerhet til kjøper i forbindelse med erverv av aksjer i selskapet. Bestemmelsene har ulike rettsvirkninger, og er til dels overlappende når det gjelder virkeområde.

## 1.2 Avgrensninger og presiseringer

Oppgaven avgrenses mot de deler av bestemmelsene som ikke har direkte betydning for konserninterne lånearrangementer, og der bestemmelsene ikke anses som problematiske. Oppgaven tjener derfor ikke som noen fullstendig fremstilling av de omtalte paragrafer i aksjeloven, og vil heller ikke innebære en uttømmende behandling av de problemstillinger konserninterne lånearrangementer reiser. Konsernretten er lite utviklet i norsk rett, og anvendelsen av lovbestemmelsene på konsernforhold kan derfor by på utfordringer. Jeg vil i varierende grad komme inn på hovedtemaene i konsernretten, men avgrenser mot konsernretten generelt. Skatteretten vil på enkelte områder kunne benyttes til illustrasjonsformål, men oppgaven avgrenses mot de skatterettslige problemstillingene som konserninterne lånearrangementer reiser. Videre avgrenses det mot øvrig lovgivning som regulerer konserninterne forhold.

Bestemmelsene er med visse unntak<sup>3</sup> likelydende i aksjeloven og allmennaksjeloven.<sup>4</sup> Jeg vil gjennomgående henvise til aksjeloven, men tilsvarende gjelder for allmennaksjeloven. Der det kun vises til en paragraf er det alltid aksjeloven det refereres til. Ordlyden i loven er gjennomgående "aksjeeier". I denne oppgaven er det morselskapet som aksjeeier, som er relevant.

---

<sup>3</sup> For § 3-8 er verdigrensen i allmennaksjeloven en tjuendedel, mens den i aksjeloven er en tiel. For § 8-10 er det noe ulikhet med hensyn til en dispensasjonshjemmel, uten at dette har noen relevans for oppgaven.

<sup>4</sup> Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr 45.

### 1.3 Den videre fremstilling

I oppgavens kapittel 2 og 3 vil jeg gi en kort innføring i konsernforhold og konserninterne lånearrangementer, samt en oversikt over rettskildebildet og bestemmelsenes bakgrunn. I kapittel 4 til 7 behandles de ulike bestemmelsene hver for seg. Forholdet mellom bestemmelsene behandles fortløpende der det er av interesse. Avslutningsvis vil konsekvensene av å inngå avtaler i strid med bestemmelsene kort behandles i kapittel 8.

## 2 KONSERNINTERNE LÅNEARRANGEMENTER

Et morselskap og ett eller flere datterselskaper utgjør et konsern, jf. § 1-3. Et aksjeselskap er et morselskap, hvis det etter avtale eller som eier av aksjer, har bestemmende innflytelse over et annet selskap. Loven oppstiller to situasjoner hvor selskapet alltid skal anses å ha slik bestemmende innflytelse. For det første skal et selskap alltid anses som morselskap der det eier over 50 prosent av aksjene, eller representerer mer enn 50 prosent av stemmene, i et annet selskap. For det andre vil et selskap bli ansett som morselskap der det har rett til å velge, eller avsette, et flertall av styremedlemmene i et annet selskaps styre. En slik rett kan for eksempel følge av vedtektene eller aksjonæravtaler.<sup>5</sup> Konserndefinisjonen i § 1-3 gjelder i utgangspunktet kun der morselskapet er et norsk selskap. Etter § 1-4 annet ledd første og annet punktum, vil man imidlertid i visse situasjoner ha med et konsern å gjøre, selv om morselskapet er utenlandsk. For denne oppgaven er dette relevant fordi både §§ 3-8, 8-7 (med visse modifikasjoner for bestemmelsens tredje ledd nr 2) og 8-10 også vil gjelde der morselskapet er utenlandsk. Det vil derfor måtte skilles mellom begrepet konsern etter en alminnelig språklig forståelse og konsernbegrepet i aksjelovens forstand. Førstnevnte forståelse vil etter min mening ubetinget gjelde også der morselskapet er utenlandsk, mens et konsern i aksjelovens forstand kun foreligger i forhold til de bestemmelser som er uttrykkelig nevnt i § 1-4 annet ledd, når det er tale om et utenlandsk

---

<sup>5</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 95.

morselskap. Der morselskapet er norsk, er imidlertid den språklige og aksjelovens forståelse sammenfallende.

Konserninterne transaksjoner innebærer transaksjoner mellom et datterselskap og et morselskap, og transaksjoner mellom to (eller flere) datterselskaper.

Konserner drives ofte som økonomiske enheter, med det formål å oppnå en samlet best mulig avkastning ved å utnytte konsernets samlede ressurser på en best mulig måte. Dette nødvendiggjør transaksjoner mellom selskapene, noe som kan skje ved konsernbidrag, utbytter, konserninterne lånearrangementer, så vel som gjennom andre typer avtaler. I mange tilfeller er forvaltningen samlet til en felles konsernadministrasjon.

Et selskap er hovedsakelig finansiert med egenkapital og fremmedkapital. Av flere årsaker foretrekker ofte et morselskap å gi kapitalinnskudd i form av lån fremfor egenkapital ved finansieringen av et datterselskap. Dette har bl.a. sammenheng med ønske om å utnytte asymmetrien knyttet til de to kapitaltilskuddsformene. Dersom datterselskapet finansieres med lån, kan det kreves skattemessig fradrag hvis investeringen mislykkes. Er derimot investeringen vellykket, kan fordringen tilbakebetales eller konverteres til egenkapital uten beskatning. Aksjene kan senere selges med skattefri gevinst. Hadde kapitaltilskuddet vært foretatt i form av egenkapital, ville et eventuelt tap ikke vært fradragsberettiget.<sup>6</sup> Videre vil ikke kapital gitt i form av lån være bundet på tilsvarende måte som kapital innskutt som egenkapital.

Mange selskaper er avhengig av å kunne oppta lån for å drive sin virksomhet og fremmedkapitalen kan utgjøre en stor del av et selskaps totalkapital. Oppfyllelse av fremmedkapitalbehovet er derfor essensielt for hvert enkelt selskap i konsernet og for konsernet som helhet. I praksis er det to måter et datterselskap i et konsern kan hente inn fremmedkapital på. Enten kan det ta opp lån fra en ekstern långiver, for eksempel en bank,

---

<sup>6</sup> Haddeland (2007) s. 1.



eller det kan inngå et konserninternt lånearrangement med morselskapet som igjen går til långiver. Fordi det kan være dyrere eller vanskeligere for et datterselskap, for eksempel på grunn av manglende "track record" og lignende, å få banklån, er det ofte gunstigere at finansieringen skjer på et konsernnivå der konsernet som helhet er finansiert gjennom et låneforhold mellom morselskapet og en ekstern långiver. Morselskapet vil da fungere som en intern bank, og allokere den innlånte kapitalen rundt i konsernet etter behov gjennom konserninterne låneavtaler.

I forbindelse med et slikt lånearrangement krever långiver som regel at et eller flere av datterselskapene stiller garanti og/eller sikkerhet for morselskapets forpliktelser. Det oppstår dermed et relativt komplisert nett av forpliktelser som styrker de tette økonomiske båndene mellom morselskapet og datterselskapene. At alle garanterer for alle kan medføre større risiko for det enkelte datterselskap, men kan samtidig være i alle selskapenes interesse da den totalfinansiering som oppnås sannsynligvis ikke kunne vært oppnådd fra hvert enkelt selskap.

Lånene innad i konsernet, fra morselskapet til datterselskapet eller fra datterselskapet til morselskapet, vil vanligvis skje uten garanti- og/eller sikkerhetsstillelse fra det selskapet som er låntager. Det hender imidlertid at morselskapet ved utlån til datterselskapet krever særskilt garanti og/eller sikkerhet. Dette er for eksempel praktisk der datterselskapet ikke er heleid av morselskapet.

Et konsern vil i tilknytning til et konserninternt lånearrangement ofte ha en konsernkontoordning. En konsernkonto kan organiseres på flere måter, men består typisk av en hovedkonto etablert i morselskapets navn og med underkonti for datterselskaper og ulike avdelinger. Alle midlene gjenspeiles på hovedkontoen, og løsningen gjør behovet for kreditt mindre og gir bedre muligheter for å plassere overskuddslikviditet.

Det er altså fire hovedsituasjoner som må vurderes i forhold til reglene i aksjeloven. For det første der et datterselskap tar opp et lån fra et morselskap. For det andre der et datterselskap

gir et lån til et morselskap. For det tredje oppstår spørsmål hvor et datterselskap stiller garanti og/eller sikkerhet for morselskapets forpliktelser til fordel for en ekstern långiver. For det fjerde kan spørsmål komme på spissen der et datterselskap stiller garanti og/eller sikkerhet for egen forpliktelse til fordel for et morselskap.

### **3 BAKGRUNN OG RETTSKILDEBILDET**

#### **3.1 Bestemmelsenes bakgrunn og forhistorie**

##### **3.1.1 §§ 3-9 og 3-6**

Aksjeloven § 3-9 ble til i forbindelse med utarbeidelsen av aksjeloven av 1997, og har ingen parallell i aksjeloven av 1976<sup>7</sup>. Før etterkontrollen<sup>8</sup> av aksjelovene og endringene som trådte i kraft 1. januar 2007 hadde bestemmelsen i første ledd tredje punktum en henvisning til § 3-8 om at § 3-8 gjaldt tilsvarende ved konserninterne transaksjoner. Passussen ble imidlertid fjernet samtidig med at § 3-8 ble utvidet til å omfatte konserninterne transaksjoner direkte. Forbudet mot utdeling fra selskapet i § 3-6 avløser aksjeloven av 1976 § 12-4 første ledd.

##### **3.1.2 § 3-8**

I aksjeloven 1957<sup>9</sup> eksisterte det en lignende bestemmelse som § 3-8 i daværende lov § 18. Denne ble imidlertid ikke videreført i aksjeloven av 1976 fordi man antok at de alminnelige ansvarsreglene var tilstrekkelige.<sup>10</sup> I forbindelse med EØS avtalen ble utgangspunktet for nåværende § 3-8 føyd til i 1995 i aksjeloven av 1976 § 2-9a.<sup>11</sup> Bestemmelsen kom som

---

<sup>7</sup> Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet).

<sup>8</sup> Endringslov av 15. desember 2006 nr 88.

<sup>9</sup> Lov om aksjeselskaper av 6. juli 1957 nr. 4 (opphevet).

<sup>10</sup> NOU 1992: 29 s. 80.

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41.

følge av implementeringen av EUs annet selskapsdirektiv (kapitaldirektivet) artikkel 11.<sup>12</sup> Kapitaldirektivet stiller krav om generalforsamlingsbehandling for et allmennaksjeselskaps erverv etter avtale med stifterne, inngått de to første årene etter stiftelsen. Formålet er å beskytte selskapets (bundne) egenkapital og hindre omgåelse av reglene om tingsinnskudd, såkalt etterstiftelse.<sup>13</sup> Selv om § 2-9a kun inneholdt et forbud mot etterstiftelse, gikk bestemmelsen lenger enn kapitaldirektivets forbud ved at den omfattet avtaler med alle aksjeeiere og nærstående, og ikke bare stifterne.

I forbindelse med innføringen av ny aksjelovgivning i 1997, valgte lovgiver å dele opp regelverket for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. § 2-9a ble videreført i både aksjeloven § 3-8 og allmennaksjeloven § 3-8, og ble dermed utvidet til å gjelde for aksjeselskaper i tillegg til allmennaksjeselskaper. Videre ble tidsbegrensningen på to år i § 2-9a sløyfet. Aksjelovutvalget mente at avtaler med aksjeeier der vederlaget utgjør ti prosent av aksjekapitalen eller mer reiser særlige spørsmål uten hensyn til tidspunktet de inngås. Ifølge utvalget sto slike avtaler i faresonen for å få et innhold som var mer i samsvar med aksjeeiers enn selskapets interesser eller utgjøre en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene.<sup>14</sup>

I forbindelse med etterkontrollen av aksjelovene i 2004 ble § 3-8 endret ytterligere.<sup>15</sup> Ifølge forarbeidene skyldtes endringen særlig to forhold. For det første mottok departementet innspill forut for høringsbrevet som gikk ut på at bestemmelsen favnet for vidt ved at det krevdes beslutning i generalforsamling i for mange tilfeller. For det andre la regjeringen Bondevik den 9. juni 2004 frem en handlingsplan mot økonomisk kriminalitet, hvor

---

<sup>12</sup> Se EUs annet selskapsdirektiv (kapitaldirektivet) (77/91/EØF) art 11. § 2-9a ble vedtatt ved lov av 22. desember 1995 nr. 80 og trådte i kraft 1. januar 2006.

<sup>13</sup> Forbudet mot etterstiftelse har sin opprinnelse i tysk rett, der de allerede i 1884 hadde tilsvarende forbud. I nyere tysk litteratur er regelen imidlertid blitt kritisert med henvisning til at det neppe er nødvendig å beskytte opp til to år gamle selskap mot uthuling av kapitalen. Se Werloff s. 77.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41, NOU 1996: 3 s. 50.

<sup>15</sup> Endringslov til aksjelovgivningen mv. av 15. desember 2006 nr. 88.

regjeringen gikk inn for å vurdere endringer i aksjelovene med sikte på å bedre kontrollen og gi mer åpenhet rundt kontrakter som kunne være egnet til å skjule misbruk av ledende posisjoner i selskapet.<sup>16</sup>

Endringen innebar for det første at virkeområdet ble omfattet til å gjelde alle avtaletyper, situasjoner der selskapet mottar penger som vederlag er altså omfattet. For det andre ble bestemmelsen utvidet til å ikke bare omfatte avtaler mellom selskapet og en aksjeeier, men til også å omfatte avtaler mellom selskapet og aksjeeiers morselskap (”bestemorselskap”), styremedlem, en daglig leder, eller en nærstående til en av disse, eller noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen av disse. Meningen er å omfatte avtaler med alle slags aktører i selskapet som er i en posisjon hvor de kan sette sine egne interesser foran selskapets.<sup>17</sup> For det tredje ble konserninterne avtaler regulert direkte, og man opphevet henvisningen i § 3-9 første ledd tredje punktum om at § 3-8 fikk anvendelse på konserninterne avtaler. Bestemmelsens virkeområde ble også noe innsnevret ved at den ble begrenset til kun å gjelde for avtaler der selskapets ytelse har en verdi over 50 000 kroner. Videre ble det gitt en klarere definisjon av unntaket i forbindelse med avtaler inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet.

Fra å være en bestemmelse som hadde til formål å hindre omgåelse av reglene om tingsinnskudd (etterstiftelse) i en begrenset tidsperiode etter selskapets registrering, fremstår § 3-8 nå som en generell saksbehandlingsregel for visse typer transaksjoner. Siktemålet med bestemmelsen er på et generelt grunnlag å forebygge brudd på likhetsgrunnsetningen i aksjeselskaper, samt å beskytte kreditorene.<sup>18</sup> Bestemmelsen ivaretar således det generelle informasjons- og kontrollformål som ligger bak den endelige utformingen av aksjeloven. Etter utvidelsen til også å gjelde selskapets avtaler med daglig leder og styremedlemmer, beskytter § 3-8 endelig aksjeeierne og kreditorer mot at styret og ledelsen handler i strid med selskapets interesser. Dette er spesielt viktig i selskaper med

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 42.

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

<sup>18</sup> NOU 1996: 3 s. 50.

mange eiere og hvor det ellers er vanskelig å utøve eierkontroll, men har også betydning i konsernforhold. Det faller imidlertid utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn på denne typen avtaler.

### 3.1.3 §§ 8-7 og 8-10

Aksjeloven § 8-7 oppstiller begrensninger i situasjoner der et selskap gir kreditt eller stiller sikkerhet til fordel for en aksjeeier. § 8-10 oppstiller begrensninger i forhold til hva slags lånearrangementer som godtas mellom et selskap som kjøper, og et selskap som blir (helt eller delvis) kjøpt. Begge bestemmelsene har sin opprinnelse i aksjeloven av 1976 § 12-10.

## 3.2 Rettskilder

Lovens ordlyd er naturligvis et sentralt tolkningsmoment, men særlig i forhold til §§ 3-8 og 3-9 er den vag. Ved tolkningen av ordlyden vil formålsbetraktninger og hvilket resultat som best ivaretar de ulike hensyn bak reglene derfor spille en vesentlig rolle.

Forarbeidene til aksjeloven er forholdsvis omfattende, og vil være en viktig rettskilde ved tolkningen av bestemmelsene. Det gis en rekke eksempler på ulike situasjoner i forarbeidene, men langt ifra en uttømmende veiledning på hvordan bestemmelsene skal tolkes. Det vil således være flere situasjoner der man ikke kan finne veiledning i forarbeidene. Forarbeidene sier for eksempel ingen ting om forholdet til konserninterne lånearrangementer, og gir derfor liten direkte veiledning for en del av de problemstillingene som drøftes i denne oppgaven. De vil imidlertid gi veiledning ved fastleggingen av rettsområdet generelt, og inneholder generelle betraktninger som gir veiledning også i konkrete spørsmål som drøftes nedenfor.

Det foreligger lite rettspraksis på området, og det foreligger ingen Høyesterettsavgjørelser om gyldigheten av konserninterne avtaler i forhold til bestemmelsene i §§ 3-6, 3-8, 3-9 og 8-7.

Som nevnt bygger aksjeloven § 3-8 på kapitaldirektivets artikkel 11. Direktivet er bindende med hensyn til målsetning, men det er opp til hver enkelt stat å velge form og midler for

gjennomføring i intern rett. EU-direktivet er en del av EØS-avtalen, som Norge er forpliktet etter. Nasjonale regler kan gi et sterkere, men ikke svakere, vern enn direktivet.

Rettskildefaktorer og rettskildeprinsipper fra EØS-retten vil dermed kunne få betydning ved fortolkningen av bestemmelsen. De vil imidlertid ha størst vekt på de områder hvor den norske bestemmelsen er lik direktivets art. 11. Som nevnt går § 3-8 vesentlig lenger enn kapitaldirektivets art 11. Rettskildene til direktivet vil derfor ikke kunne få stor betydning utover det å fastsette den nedre rammen av § 3-8 i forhold til Norges forpliktelser til EØS-avtalen. På områder der bestemmelsene må anses å være like, vil EØS-retten derimot kunne ha større vekt. I forhold til norsk rett gjelder de elementer av § 3-8 som går videre enn direktivet på lik linje med annen norsk lovgivning og må tolkes deretter. Gode grunner taler for å ikke fravike EØS-rettens forståelse av § 3-8 i for stor grad, da dette kan resultere i at norsk rett stiller mindre konkurransedyktige betingelser for næringslivet. I ytterste konsekvens kan slik disharmoni med EU-retten medføre at norske næringsdrivende ”flagger ut” og legger sin virksomhet til land og rettssystemer der reglene er mer konkurransedyktige.<sup>19</sup>

Aksjeloven av 1976 var resultatet av et nordisk samarbeid. Disse lands praksis og teori vil derfor kunne ha rettskildemessig interesse. Slike rettskilder bør imidlertid brukes forsiktig da de nordiske land på enkelte områder har ulik tradisjon og bakgrunnsjuss, hvilket kan resultere i ulike tolkningsresultater til tross for en lik utforming. Utviklingen i de nordiske lands aksjelover har dessuten siden 1970 tallet endret seg betraktelig. I forbindelse med aksjelovene av 1997 var heller ikke tanken om nordisk enhet tilsvarende sterk som ved arbeidet med 1976 loven.<sup>20</sup>

Reelle hensyn vil også kunne komme inn som en selvstendig rettskildefaktor, men kanskje viktigst som et tolkingsmoment i tolkingen av de øvrige rettskildefaktorene.

---

<sup>19</sup> Perland (2004) s. 527.

<sup>20</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 22.

I forhold til enkelte problemstillinger, vil andre rettsområder kunne spille inn, særlig der det vises til likelydende vurderingstemaer. Den rettskildemessige verdien vil imidlertid ofte kunne være begrenset fordi det ofte er forskjellige hensyn som ligger bak slike andre rettsområder. Hensynet til harmoni i rettssystemet trekker likevel i retning av at hvordan ting er tolket på øvrige rettsområder kan være et argument på vårt område. Skatteretten gir på mange måter en veiledning ved tolking av ulike spørsmål som behandles i oppgaven.

En del av problemstillingene har i ulik grad vært diskutert i juridisk litteratur. I et samspill med øvrige rettskilder kan juridisk teori tenkes å bli tillagt noe vekt.

I tillegg til de klassiske rettskildene har det innenfor selskapsretten, internasjonalt og nasjonalt, utviklet seg såkalte Corporate Governance anbefalinger. Corporate Governance er et samlebegrep for de prinsipper og metoder som brukes for å styre virksomheter. Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse<sup>21</sup> utgitt av NUES<sup>22</sup>, er en slik anbefaling og vil kunne få betydning ved tolkingen av lovbestemmelsene. Anbefalingen henvender seg i første rekke mot børsnoterte selskaper, men vil kunne være hensiktsmessig også for selskaper som ikke er børsnoterte.<sup>23</sup> Anbefalingen er ikke rettslig bindende, men vil for en dommer som har vurdert de øvrige rettskildene og er i tvil, kunne spille en rolle.<sup>24</sup> Særlig der det kan påvises empirisk at selskaper faktisk følger anbefalingen, vil den kunne ha stor vekt. Den vil da representere markedspraksis. Om ikke vekten er stor fra et rettskildeteoretisk perspektiv, er det utvilsomt at anbefalingen i praksis vil ha stor betydning.

---

<sup>21</sup> NUES, Norsk anbefaling Eierstyring og Selskapsledelse, utgitt 4. desember 2007.

<sup>22</sup> Arbeidsgruppen Norsk Utvalg for Eierstyring og Selskapsledelse (NUES) består av Aksjonærforeningen i Norge, Den norske Revisorforening, Eierforum, Finansnæringens Hovedorganisasjon, Norske Finansanalytikerforening, Norske Pensjonskassers Forening, Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo Børs og Verdipapirfondenes forening.

<sup>23</sup> NUES, Norsk anbefaling Eierstyring og Selskapsledelse s. 6.

<sup>24</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 343.

### 3.3 Hensynene bak reglene

Bestemmelsene oppgaven omhandler ivaretar til dels like hensyn. Alle bestemmelsene regulerer avtaler mellom et selskap og dets aksjeeier (morselskap). Slike avtaler står etter sin natur i faresonen for å få et innhold som stemmer mer med aksjeeiernes (morselskapets) enn selskapets interesser, og dermed utgjøre et brudd på likhetsprinsippet i aksjeretten eller innebære en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene.<sup>25</sup> Det viktigste og mest fremtredende hensynet er derfor å verne selskapskapitalen, og dermed selskapets kreditorer og minoritetsaksjeeiere.

Likhetsprinsippet er lovfestet i § 4-1 og går ut på at ”alle aksjer gir lik rett i selskapet”. Lik rett for aksjene innebærer at den enkelte aksje gir samme rett, uavhengig av hvem som eier den.<sup>26</sup> Til tross for likhetsprinsippet må imidlertid selskapet etter omstendighetene være berettiget til å fravike likhetsprinsippet der dette er i selskapets interesse og selskapet også har en saklig grunn til dette. Avgjørelsen vil bero på en konkret og skjønnsmessig avveining mellom selskapets interesse i å fravike likhetsprinsippet på den ene side og hensynet til de øvrige aksjeeierne på den annen side.<sup>27</sup> Både §§ 3-6, 3-9, 3-8, 8-7 og 8-10 er utformet for å ivareta likhetsprinsippet ved å verne minoritetsaksjeeiernes interesser i selskapskapitalen på ulike måter. Bestemmelsene regulerer områder der det er en særlig risiko for at det blir foretatt disposisjoner til fordel for en gruppe aksjeeiere på bekostning av øvrige aksjeeiere.<sup>28</sup>

Kreditorenes interesser knyttet til selskapskapitalen har sammenheng med at aksjeeierne ikke hefter for selskapets forpliktelser jf. § 1-2. Utdelinger fra selskapskapitalen innebærer en direkte svekkelse av kreditorenes dekningsgrunnlag og kan i verste fall medføre at dekningsgrunnlaget kan bli utilstrekkelig.<sup>29</sup> Samtlige av bestemmelsene som behandles i

---

<sup>25</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 41, Ot.prp. nr 23 (1996-1997) s. 44-45 og NOU 1996: 3 s. 50.

<sup>26</sup> Andenæs (2006) s. 132.

<sup>27</sup> Andenæs (2006) s. 133.

<sup>28</sup> Se for eksempel NOU 1996: 3 s. 149.

<sup>29</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41 og NOU 1996: 3 s. 50.



denne oppgaven har en side mot kreditorbeskyttelse. Kravet i § 3-8 om at disposisjoner som rammes må meldes til Foretaksregisteret, har i tillegg som formål å gi kreditorene kunnskap om dem.

Hovedhensynet bak § 3-8 var opprinnelig å forhindre omgåelse av reglene om tingsinnskudd, såkalt etterstiftelse. Begrepet etterstiftelse omhandler tilfeller der en eller flere aksjeeiere får tilbake aksjeinnskuddet kort tid etter stiftelsen ved å inngå ubalanserte avtaler med selskapet, og dermed omgå saksbehandlingsreglene om tingsinnskudd.<sup>30</sup> Til tross for at § 3-8 har fått et langt videre virkeområde for å ivareta også andre hensyn, vil hensynet til å forhindre etterstiftelse stå sterkt og utfylle reglene om tingsinnskudd i §§ 2-4 og 2-6.

Etter § 8-10 vil samfunnsmessige hensyn, og særlig hensyn til ansatte kunne spille inn så fremt dette ikke er i strid med selskapsrettslige hensyn.<sup>31</sup>

I § 8-7 er det uttrykkelig gjort unntak for konserninterne lånearrangementer. Begrunnelsen for unntaket er at det i konsernforhold vil være andre hensyn som gjør seg gjeldende. Ved utformingen av §§ 3-6, 3-8 og 8-10, er hensynet til konsernformen som selskapsstruktur ikke tillagt tilsvarende vekt. Under høringen til § 3-8, kom dette hensynet opp ved at det fra ulike høringsinstanser ble foreslått at det skulle gjøres unntak for konserninterne transaksjoner. Departementet var imidlertid uenig i forslaget, og hensynet til konsernformen som selskapsstruktur har dermed ikke fått plass i denne bestemmelsen.<sup>32</sup>

Et sentralt og viktig mothensyn til bestemmelsene som setter begrensninger for hvilke disposisjoner som lovlig kan foretas, er hensynet til et effektivt næringsliv med konkurransedyktige rammer. Enhver inngripen i et velfungerende marked vil kunne føre til

---

<sup>30</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 343.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

lavere samfunnsøkonomisk aktivitet.<sup>33</sup> Her kan det imidlertid argumenteres for at reguleringen av konserninterne transaksjoner er motivert nettopp av at disse transaksjonene ikke nødvendigvis skjer innenfor et velfungerende fritt marked. Ved at selskapsrettslige disposisjoner i større grad blir regulert på ulike måter, og således må gjennomgå formelle prosesser som generalforsamling og lignende, øker også transaksjonskostnadene.<sup>34</sup> Departementet har uttalt at det kan være uheldig om norske selskaper underlegges strengere regler enn utenlandske selskaper.<sup>35</sup> I takt med globaliseringen og utviklingen av EU/EØS, blir terskelen lavere og lavere for et selskap for å flytte sin virksomhet til steder der rammevilkårene er gunstigere. Det er derfor grunn til å legge vekt på at bestemmelsene i aksjeloven ikke bør tolkes på en måte som gir næringslivet unødvendig tungvinte saksbehandlingsprosesser.<sup>36</sup>

## **4 KRAVET TIL FORRETNINGSMESSIGE VILKÅR OG PRINSIPPER JF. § 3-9**

### **4.1 Innledning**

Mellom konsernet som en økonomisk enhet og de enkelte konsernselskaper som rettslige selvstendige enheter kan det oppstå et spenningsforhold. Det som er til beste for konsernet er ikke nødvendigvis til beste for det enkelte selskap. Den omstendighet at morselskapet og dets datterselskaper ("konsernselskapene") er undergitt felles konsernkontroll skaper en risiko for at det vil kunne bli foretatt transaksjoner til fordel for et konsernselskap på bekostning av et annet konsernselskap. Slike interessekonflikter forsterkes ved at det kan

---

<sup>33</sup> Eide og Stavang (2005) s. 66.

<sup>34</sup> Se Eide og Stavang (2005) s. 76 flg. for nærmere beskrivelse av hvordan transaksjonskostnader kan påvirke og hindre at avtaler inngås.

<sup>35</sup> Ot.prp. nr 36 (1993-1994) S. 171.

<sup>36</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 344.

være kreditorer og aksjeeiere som har interesser i et konsernselskap uten nødvendigvis å ha interesser i et annet selskap i samme konsern.<sup>37</sup>

§ 3-9 søker å ivareta de motstridende hensynene ved å oppstille enkelte prinsipper om fordelingen av inntekter og utgifter samt rettigheter og plikter innad i konsernet.<sup>38</sup> Bestemmelsen oppstiller en begrensning ved at transaksjonene skal grunnes på ”vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”. Videre inneholder bestemmelsen en ordensforskrift, ved at slike avtaler underlegges et skriftlighetskrav. Det er hensynet til kreditorer og øvrige aksjeeiere som er hovedbegrunnelsen for den materielle begrensningen som her oppstilles. I tillegg vil bestemmelsen indirekte kunne ha en skatterettslig betydning ved at den vil gjelde parallelt med skatteloven<sup>39</sup> § 13-1 om internprising.

Ordlyden ”transaksjoner” omfatter alle slags avtaler, kjøp, leie, tjenesteytelser eller andre ytelser. Det må imidlertid avgrenses mot lovlige utdelinger, for eksempel utbytte og konsernbidrag.<sup>40</sup> Konserninterne lånearrangementer er omfattet av ordlyden.

§ 3-9 kommer til anvendelse på alle transaksjoner mellom selskaper i samme konsern og gjelder for begge parter (eventuelt flere dersom det er flere avtaleparter), der morselskapet er norsk. Da § 3-9 ikke er opplistet i § 1-4 annet ledd, kommer bestemmelsen ikke direkte til anvendelse på det norske datterselskapet der morselskapet er utenlandsk, men tilsvarende prinsipp må trolig gjelde for det norske selskapet likefullt. Dersom konsernet har et norsk morselskap, vil § 3-9 gjelde direkte for avtaler mellom et norsk datterselskap og et utenlandsk datterselskap, jf. § 1-4 annet ledd, tredje punktum.

I forhold til konserninterne lånearrangementer setter således bestemmelsen begrensninger for hva slags vilkår som kan avtales mellom et datterselskap og et morselskap.

---

<sup>37</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 210.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr 23 (1996-1997) s.135 og NOU 1996: 3 s. 192.

<sup>39</sup> Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr 14.

<sup>40</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 211.

Nedenfor vil det bli redegjort for hvilke begrensninger § 3-9 faktisk innebærer for konserninterne lånearrangementer.

#### 4.2 "Vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper"

Ordlyden i § 3-9 er skjønnsmessig og noe vag, hvilket er en naturlig konsekvens av at bestemmelsen er en lovfesting av prinsipper.<sup>41</sup> Det foreligger lite rettspraksis og bestemmelsen er heller ikke utførlig diskutert i juridisk teori. Ordlyden må antas å innebære at avtaler mellom konsernselskaper som ikke kan gis en forretningsmessig begrunnelse er ulovlige. I tillegg sier ordlyden noe om balanseforholdet mellom partenes ytelser. I følge forarbeidene skal det i forhold til partenes ytelser og vilkår for øvrig være en likevekt i kontraktsforholdet.<sup>42</sup>

Formålet med bestemmelsen er å regulere transaksjoner mellom selskaper i samme konsern slik at transaksjonene skjer på vilkår som om det skulle vært en uavhengig tredjepart som var avtalemotparten. Ved vurderingen vil det kunne trekkes paralleller til skatteretten og det såkalte "armlengdeprinsippet", som er velkjent i både norsk og internasjonal rett. Etter skatteloven § 13-1 har ligningsmyndighetene adgang til å gripe inn mot internprising som avviker fra markedsvilkår. Skatteloven § 13-1 tredje ledd viser til at "formue og inntekt skal fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget". En avtale inngått i samsvar med armlengdeprinsippet innebærer dermed at en tenkt avtale mellom uavhengige parter ville blitt inngått på samme vilkår. Vurderingstemaet etter § 3-9, om at avtaler skal være inngått på "vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper", har således store likhetstrekk med vurderingstemaet etter skatteloven § 13-1. Hensynene bak bestemmelsen i skatteloven og aksjeloven er imidlertid ulike. § 13-1 er ikke laget med sikte på å verne kreditorer og minoritetsaksjeeiere, men for å avdekke det korrekte skattesubjekt. Selv om vurderingstemaene etter bestemmelsene er sammenfallende, behøver derfor ikke løsningene nødvendigvis å bli like. Utgangspunktet må likevel være at der en konsernintern transaksjon er i samsvar med bestemmelsene i skatteloven, vil den som regel også være i

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 135 og 136.

<sup>42</sup> Bråthen (2004) s. 121.

samsvar med § 3-9.<sup>43</sup> Det kan imidlertid ikke uten videre sluttet at en transaksjon som anses å ikke være i samsvar med armlengdeprinsippet i skatteretten, og dermed er i strid med skatteloven § 13-1, også vil være i strid med § 3-9.

Ved konserninterne lånearrangementer vil rentesatsen oftest være det aktuelle vurderingsmoment i forhold til om avtalen er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. I skatteretten har skattemyndighetene i en rekke saker fastsatt rentesatsen ved skjønn.<sup>44</sup> Høyesterett har lagt til grunn at OECDs retningslinjer for internprising i skatteretten må kunne tillegges vekt.<sup>45</sup> I Conoco-dommen av 27. juni 1990 hadde oljeselskapet Conoco<sup>46</sup> opptatt lån i tilknyttede selskaper i utlandet. Rentesatsen var LIBOR pluss 1 prosent. Oljeskattenemnda mente at det norske skattefundamentet med en slik rentesats ville bli redusert på grunn av for høye fradrag. Med hjemmel i daværende skattelov § 54 første ledd<sup>47</sup> reduserte derfor nemnda rentesatsen til LIBOR pluss 3/8 prosent. I klagenemnda ble vedtaket opprettholdt og retten frifant staten. Dommen har blitt kritisert<sup>48</sup>, men viser klart at på skatterettens område kan selv relativt små avvik medføre at en avtale kan bli ansett for å være i strid med armlengdeprinsippet og dermed gjenstand for skjønnsfastsettelse etter skatteloven § 13-1. En av hovedgrunnene til at dommen var så vidt streng, er trolig at det her etter rettens syn dreide seg om overføring av midler fra Norge til utlandet skjult som renteutgifter, noe den norske stat har ønsket å slå hardt ned på. Avviket fra det retten mente var markedsvilkår, var altså ikke mer enn 5/8 prosent. Men som følge av de store beløp det dreier seg om i oljebransjen, kan dette utgjøre et betraktelig lavere beskatningsgrunnlag. Hvorvidt en låneavtale med 5/8 prosent avvik fra markedsvilkår vil være i strid med § 3-9, er usikkert. Dersom det er klart at selskapet kan gå til en bank å få

---

<sup>43</sup> Bråthen (2004) s. 121.

<sup>44</sup> Skatteloven § 13-1.

<sup>45</sup> Rt. 1994 s. 132.

<sup>46</sup> Nå kjent som ConocoPhillips.

<sup>47</sup> Tilsvarende nåværende skattelov § 13-1.

<sup>48</sup> Skaar og Ellneby (1998).

bedre vilkår enn ved å låne internt i konsernet, vil avtalen etter min mening stå i faresonen for å være i strid med § 3-9.

§ 3-9 skiller ikke mellom tilfeller der datterselskapet er heleid og der morselskapet kun er majoritetseier. Eierskapssituasjonen er imidlertid avgjørende for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Der datterselskapet er heleid, vil det kun være hensynet til selskapenes kreditorer som taler for en begrensning slik det følger av § 3-9. Hvor morselskapet kun er en majoritetseier, vil i tillegg hensynet til øvrige aksjeeiere komme inn.

Ved vurderingen av om transaksjonen skal anses forretningsmessig begrunnet, oppstår spørsmålet om hvilken målestokk som skal legges til grunn. Enten kan konsernet som helhet være grunnlaget for vurderingen av hvorvidt transaksjonen kan anses å være forretningsmessig begrunnet, eller så kan det enkelte datterselskap tenkes å være grunnlaget for vurderingen. Dette er noe av konsernrettens grunnproblem. Aksjeloven bygger på at det enkelte selskap kun hefter for egne forpliktelser, hvilket taler for å la det enkelte selskap være målestokken. Hensynet til konsernformen som virkemiddel for å oppnå økonomisk effektivitet gjennom stordriftsfordeler taler derimot for å la konsernet være målestokken.<sup>49</sup> Det er altså spennet mellom den juridiske rett, og den økonomiske realitet, som er hovedargumentet for å ha en selskapsrettslig konsernrett.<sup>50</sup> Av hensyn til minoritetsaksjeeierne, bør man være mer tilbakeholden med å legge konsernet som helhet til grunn for vurderingen der noen datterselskaper er heleid og andre datterselskaper er delvis eid. I et konsern hvor alle datterselskapene er heleid, er det kun hensynet til kreditorene, som kan ha ulik interesse i de ulike datterselskapene, som taler imot å legge konsernet som helhet til grunn for vurderingen.

Vi har ingen norsk rettspraksis eller utdypende teoretiske fremstillinger om hvordan disse situasjonene skal løses. I fransk rett er det utviklet en egen lære, den såkalte Rozenblum-doktrinen, som innebærer at det under visse omstendigheter er konsernet som skal være

---

<sup>49</sup> Bråthen (2004) s. 121.

<sup>50</sup> Andersen (2006) s. 90.

målestokken. EU arbeider med regler for å gjøre Rozenblum-doktrinen til en del av EUs planlagte konsernregulering.<sup>51</sup>

Rozenblum-doktrinen berører problemstillingen om, og i tilfelle i hvilken grad, et morselskap har rett til å drive konsernledelse, til tross for at dette går på bekostning av et datterselskap og dets kreditorer og aksjeeiere. Doktrinen oppstiller tre vilkår for at konsernet som helhet skal anses som målestokken for en transaksjon mellom konsernselskapene. For det første må det være etablert en fast konsernstruktur, hvilket innebærer at den virksomhet som utøves i datterselskapene, må være forbundet på en slik måte at selskapene både har positiv og negativ innflytelse på hverandre. For det andre må konsernpolitikken være konsekvent og koordinert. Konsernet må ha en overordnet målsetning, morselskapet kan altså ikke foreta handlinger som kun er egnet til å løse problemet i det korte bildet. For det tredje må fordelingen av fordeler og ulemper være balansert. Det skal være en likevekt mellom konsernselskapene. Hvert enkelt datterselskap kan ikke påføres en uforholdsmessig ulempe eller en vilkårlig fordel på bekostning av et annet konsernselskap. Fordi norsk rett mangler klare holdepunkter for hvilken målestokk som skal legges til grunn, vil doktrinen etter mitt syn kunne ha en viss rettskildemessig interesse, og de momenter den oppstiller vil kunne spille inn ved vurderingen etter § 3-9.

Bråthen nevner at rentefrie lån fra morselskap til datterselskap må godtas etter § 3-9. Skatterettslig godtas slike rentefrie lån uten skjønnslingning dersom datterselskapets finansielle stilling var så svak da lånet ble ytt, at datterselskapet ikke ville hatt mulighet til å oppta tilsvarende lån på kommersielle vilkår. Et tungtveiende argument for å godta en slik løsning etter § 3-9 er at morselskapets investering i datterselskapet vil stå i faresonen uten slik finansiering.<sup>52</sup> Tilsvarende må gjelde hvor et morselskap i en slik situasjon stiller garanti for datterselskapets forpliktelser uten noen motytelse.

---

<sup>51</sup> Bråthen (2004) s. 123 og Stølen (2004) s. 407.

<sup>52</sup> Bråthen (2004) s. 121.

Rentefrie lån fra et datterselskap til et morselskap i en situasjon hvor morselskapets finansielle stilling er svak vil derimot ikke kunne begrunnes på samme måte. Men til tross for at datterselskapet ikke har noen eierinteresse i morselskapet, kan imidlertid interessen for å redde morselskapet ut av finansielle problemer være sterk, da en eventuell konkurs i morselskapet vil føre til en oppløsning av konsernet og salg av datterselskaper. Det kan derfor argumenteres for at et rentefritt lån til morselskapet er forretningsmessig begrunnet der datterselskapets eksistens er avhengig av morselskapet. På en annen side, vil risikoen ved et slikt rentefritt lån være stor, og hensynet til kreditorer og øvrige aksjeeiere taler for å være tilbakeholden med å tillate et slikt lån. Etter min mening må det foretas en konkret helhetsvurdering. Spørsmålet kan ikke besvares generelt da situasjonene kan være svært ulike.

Dersom et datterselskap garanterer og/eller stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelser til fordel for en långiver, oppstår spørsmålet om denne ytelsen er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. En slik garantistillelse mellom uavhengige parter vill normalt blitt gjengjeldt med en garantiprovisjon eller en annen form for vederlag til garantisten. I konserninterne garantistillelser vil det sjelden bli gitt en umiddelbar ytelse i form av garantiprovisjon eller lignende. Situasjonen kan således minne litt om situasjonen der datterselskapet gir morselskapet et rentefritt lån. Her må imidlertid formålet med garantistillelsen være avgjørende. Når et datterselskap garanterer for morselskapets forpliktelser, er dette som oftest for å muliggjøre morselskapets låneopptak hos en långiver. Datterselskapet kan dra nytte av dette på flere måter. For det første blir det del av et konsern med en sterkere finansiell stilling. For det andre vil det ofte i etterkant av morselskapets låneopptak bli gitt et lån fra morselskapet til datterselskapet. Datterselskapets garantistillelse vil derfor i konsernforhold ofte skje som ledd i en total finansiering, og dermed være forretningsmessig begrunnet og balansert til tross for at det ikke skjer noen umiddelbar motytelse. Slike garantistillelser er en vanlig og utbredt måte å finansiere konserner på. Vurderingen av hvorvidt garantistillelsen er i samsvar med § 3-9, vil bero på en helhetsvurdering. Etter min vurdering bør kravet etter § 3-9 anses oppfylt, så lenge det kan påvises at datterselskapet drar nytte av garantistillelsen over tid. Der



konsernet oppfyller de vilkår Rozenblum-doktrinen oppstiller, antar jeg at det sjelden vil bli spørsmål om en slik garantistillelse er i samsvar med § 3-9.

Bråthen fremhever at det ved vurderingen av om avtalen er inngått på ”vanlige forretningsvilkår og prinsipper”, må være et viktig moment om vilkårene lojale. Ved lojalitetsvurderingen må det ses hen til selskapsretten og insolvensrettens alminnelige regler. Den absolutte nedre grense for hvor stor ubalanse som kan aksepteres, utgjør kravet til forsvarlig egenkapital.<sup>53</sup>

Ordlyden i § 3-9 er ikke til hinder for bruk av et konsernkontosystem.<sup>54</sup> I den grad en slik ordning har en alminnelig forretningsmessig begrunnelse og fremstår som ordinær, vil vilkåret være oppfylt.<sup>55</sup>

#### 4.3 Oppsummering

Til tross for sin vage ordlyd setter § 3-9 de ytre rammer for hva som kan avtales i forbindelse med et konserninternt lånearrangement. Bestemmelsen vil nok sjelden innebære noen praktisk begrensning, så lenge vilkårene og internprisingen ikke avviker klart fra markedspris.

## 5 BEGRENŚNINGENE SOM FØLGE AV REGLENE OM UTDELING JF. § 3-6

### 5.1 Bestemmelsens omfang

I tillegg til den generelle begrensningen som § 3-9 setter for konserninterne transaksjoner, kan § 3-6 begrense hva slags transaksjoner som er tillatt mellom et datterselskap og et morselskap. Etter § 3-6 kan utdeling fra selskapet til en aksjeeier kun skje etter reglene om

---

<sup>53</sup> Bråthen (2004) s. 123.

<sup>54</sup> Se forklaring av konsernkontosystem i pkt 3.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr 23 (1996-1997) s. 136.

utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning. Dette skal hindre uthuling av selskapskapitalen av hensyn til kreditorer og andre aksjeeiere.

Som utdeling anses ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode” jf. § 3-6 annet ledd. Dette innebærer at en gjensidig avtale der (datter)selskapets ytelse utgjør mer enn aksjeeiers (morselskapets) ytelse, vil være en utdeling eller gave, eller et såkalt ”maskert utbytte” som må anses uttømmende regulert i aksjeloven kapittel 8. For den beslektede regelen i skatteloven § 10-11 om skattepliktig utdeling, har retts- og ligningspraksis lagt til grunn at utdeling først foreligger når det kan konstateres et klart misforhold mellom ytelsene, se Rt. 1928 s 540 og Rt. 1939 s 699. Kravene etter aksjeloven § 3-6 kan ikke være like strenge som kravene etter skatteloven, siden § 3-6 har et helt annet formål enn bestemmelsene i skatteretten.<sup>56</sup> Det må derfor minst foreligge et klart misforhold mellom ytelsene for at § 3-6 skal komme til anvendelse. Generelt er det grunn til å stille større krav til forskjell mellom ytelsene når det dreier seg om ytelser hvis omfang og kvalitet er vanskelig å bestemme og ytelser med usikker verdi, i motsetning til ytelser der pris er kurant å fastsette.<sup>57</sup> Etter § 3-6 annet ledd annet punktum er det verdien på dagen for overføringen som skal legges til grunn for verdiberegningen.

Ved vurdering av hva som skal legges i § 3-6, kan det være naturlig å trekke parallellen til § 3-9, og stille spørsmålet om § 3-6 gir anvisning på en tilsvarende vurdering, eller om den oppstiller et strengere eller svakere krav. Bestemmelsen kommer kun til anvendelse der ytelsen til datterselskapet er større enn morselskapets. For de tilfeller der ytelsen til datterselskapet er mindre, og således utgjør en fordel for datterselskapet, vil § 3-6 ikke være noen hindring. Bestemmelsen har derfor et snevrere virkeområde enn § 3-9, som vil komme til anvendelse også der datterselskapets ytelse er mindre enn aksjeeierens (morselskapets).

---

<sup>56</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 193.

<sup>57</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 193.

Ordlyden i § 3-6 er klarere enn ordlyden i § 3-9 som er mer skjønnspreget. Etter min oppfatning vil ordlyden ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode” i noen tilfelle kunne innebære en lavere terskel enn de mer skjønnspregede vurderingstemaene etter §§ 3-8 og 3-9. For eksempel vil en avtale der morselskapets motytelse er mindre håndfast og kanskje litt frem i tid, lettere kunne anses som en ulovlig utdeling fra datterselskapet, enn at avtalen ikke er forretningsmessig begrunnet etter § 3-9. Hovedregelen bør imidlertid være at en avtale i samsvar med § 3-9 som regel også vil være i samsvar med § 3-6. Hensynene som gjør seg gjeldende bak de to bestemmelsene er like, hvilket taler for å la de ha noenlunde lik rekkevidde.

For konserninterne lånearrangementer er bestemmelsen til hinder for at det avtales vilkår som innebærer at datterselskapets ytelse er høyere enn morselskapets. Der datterselskapet yter et lån til morselskapet til rentevilkår under markedspris, vil differansen mellom avtalt rentesats og markedspris utgjøre en utdeling. Tilsvarende vil en låneavtale der datterselskapet tar opp et lån fra morselskapet og betaler en høyere rente enn det markedsprisen skulle tilsi, innebære et maskert utbytte og således være en utdeling.

Der morselskapet gir et lån til datterselskapet, oppstår spørsmålet om det kan stille strengere betingelser enn de betingelsene som gjelder mellom morselskapet og långiver. Morselskapet vil som nevnt sannsynligvis få gunstigere betingelser enn det hvert enkelt konsernselskap ville fått direkte med långiver. Det må derfor ved vurderingen av hva som er tillatt rentevilkår etter § 3-6 ses hen til hva markedsprisen ville vært dersom datterselskapet henvendte seg direkte til långiver. Morselskapet må etter mitt syn også ha adgang til å gjøre et påslag i forhold til sin kostpris for lånet for administrative kostnader. I tillegg bør morselskapet ha adgang til å gjøre påslag etter risikoprofilen det enkelte datterselskap representerer, samt andre påslag som er i samsvar med vanlig praksis for långivere.

Der datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet for egen forpliktelse til fordel for morselskapet, eller garanterer og/eller stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelse til

fordel for en ekstern långiver, kan spørsmålet om det foreligger en overføring av verdi reise seg. Særlig gjelder dette der det ikke er noen umiddelbar direkte motytelse. Som drøftet i punkt 4.2 i forhold til § 3-9 må slike garanti- og/eller sikkerhetsstillelser ses i sammenheng med de eventuelle positive virkninger dette har for datterselskapet. Det må foretas en konkret helhetsvurdering, og der avtaleforholdet må anses å være et forretningsmessig begrunnet og balansert, vil det ikke rammes av § 3-6.

## 5.2 Oppsummering

Ved vurdering av konserninterne lånetransaksjoner, kommer aksjelovens § 3-6 til anvendelse i tillegg til øvrige bestemmelser omhandlet i oppgaven. Bestemmelsen setter klare begrensninger for konserninterne lånearrangementer der det foreligger en ubalanse mellom ytelser mor- og datterselskap i mellom. Konserninterne lånearrangementer der vilkårene er vanlige og forretningsmessige begrunnet, vil således være forenlig med § 3-6. Fordi ”overføring av verdier” i § 3-6 utelukker avtaler inngått på vanlige vilkår, kan det derfor utledes at lånearrangementer som går klar av § 3-9, også som hovedregel går klar av § 3-6.

## 6 VIRKEOMRÅDET TIL SAKSBEHANDLINGSREGELEN § 3-8

### 6.1 Innledning

§ 3-8 oppstiller særlige saksbehandlingsregler for visse avtaler. Bestemmelsen gjelder bl.a. for avtaler mellom konsernselskaper.<sup>58</sup> Dersom en avtale omfattes av bestemmelsen, må den bl.a. godkjennes av generalforsamlingen for å være bindende for selskapet.

§ 3-8 henspeiler kun på selskapet, og ikke medkontrahenten. I et avtaleforhold mellom et morselskap og et datterselskap vil § 3-8 dermed gjelde kun for datterselskapet og ikke for

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 136.

morselskapet.<sup>59</sup> Begrunnelsen er at overføringer nedover i et konsern er mindre problemfylte enn overføringer oppover.<sup>60</sup> For avtaler mellom to søsterselskaper, vil imidlertid § 3-8 kunne komme til anvendelse på begge selskapene. Vurderingene som må foretas etter § 3-8 må da gjøres individuelt for hvert av konsernselskapene. Det kan tenkes situasjoner der § 3-8 kommer til anvendelse i forhold til det ene selskapet, men ikke i forhold til det andre.

Nedenfor skal jeg redegjøre for de sider av § 3-8 som reiser spørsmål i forhold til konserninterne lånearrangementer. Bestemmelsens øvrige deler vil jeg ikke gå nærmere inn på.

## 6.2 "Avtale"

Tidligere var ordlyden i § 3-8 "avtale om erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser fra en aksjeeier mot vederlag fra selskapet". Dette innebar at kun avtaler der selskapet ytet et vederlag var omfattet av bestemmelsen. Dette var en naturlig begrensning og i samsvar med direktivet siden hovedformålet med bestemmelsen jo opprinnelig var å hindre omgåelse av reglene som regulerer aksjeeieres innskudd i annet enn penger, såkalt etterstiftelse. I forbindelse med etterkontrollen ble ordlyden endret til "avtale", og bestemmelsen fikk dermed et utvidet anvendelsesområde.

Ordlyden innebærer nå at både de avtaler der selskapet yter vederlag og der det mottar vederlag er omfattet.<sup>61</sup> For konserninterne lånearrangementer medfører dette at ordlyden omfatter både de tilfeller der datterselskapet låner penger fra et morselskap og de tilfeller der datterselskapet låner penger til et morselskap. I tillegg vil uttrykket "avtale" omfatte tilfeller der datterselskapet stiller sikkerhet for egen forpliktelse til fordel for morselskapet, og hvor datterselskapet stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelser til fordel for en tredjepart.

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41.

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

### 6.3 "Selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen"

#### 6.3.1 Problemstillingen

Det er ikke slik at enhver avtale mellom selskapet og dets aksjeeier(e) må godkjennes av generalforsamlingen for å være bindende. Saksbehandlingsregelen i § 3-8 kommer nemlig kun til anvendelse ved avtaler der verdien av selskapets ytelse utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen.<sup>62</sup> Dersom avtalen for eksempel innebærer at selskapet ikke skal betale noe vederlag, vil avtalen ikke være omfattet av § 3-8.

Utgangspunktet for beregningen er aksjekapitalen i selskapet slik denne er registrert i Foretaksregisteret (jf. foretaksregisterloven<sup>63</sup> § 3-1 nr 1) på avtaletidspunktet.<sup>64</sup> Fra denne hovedregel, gjøres fem unntak. Et av disse er det praktiske tilfellet der "selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner, og som er godkjent av styret", jf. første ledd nr 5.<sup>65</sup> Dette unntaket er innført for å unngå uheldige virkninger av at for mange avtaler rammes, særlig i forhold til selskaper med lav aksjekapital. Dersom selskapets medkontrahent skal yte vederlag i penger, er det verdien av selskapets ytelse som er avgjørende, uavhengig av vederlagets størrelse.<sup>66</sup> Tilsvarende gjelder hvor selskapets medkontrahent yter vederlag i annet enn penger. Ordlyden "virkelig verdi" er benyttet for å presisere at det ikke er den "balanseførte verdi" (jf. § 3-6 tredje ledd som skal benyttes).<sup>67</sup>

Beregning av verdien av selskapets ytelse for avtaler som ikke har absolutte og spesifiserte rammer kan reise særlige spørsmål. Dette kan dreie seg om avtaler hvor det endelige omfanget ikke er kjent, for eksempel tjenesteytelser, fremtidige avtaler, eller avtaler som

---

<sup>62</sup> For allmennaksjeselskaper er beløpsgrensen en tjuendedel jf. Allmennaksjeloven § 3-8.

<sup>63</sup> Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr 78.

<sup>64</sup> Bråthen (2003) s. 882.

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 163.

løper over lang tid – typisk låneavtaler. Spørsmålet er hvilke elementer som skal inngå i vurderingen og avgjøre hvor mye den reelle ytelsen faktisk er verdt. For lånearrangementer vil problemstillingen være å klarlegge hva som er selskapets ”ytelse”. Spørsmålet er hva som skal anses som selskapets ytelse når det henholdsvis opptar fra/eller gir lån til morselskapet, og hva som skal anses som selskapets ytelse når det stiller garanti og/eller sikkerhet. Verken forarbeider eller juridisk teori tar stilling til dette.

### 6.3.2 Datterselskapets ytelse der det opptrer som låntager

Når et selskap tar opp et lån, forplikter det seg til å tilbakebetale lånet (hovedstolen) på et visst tidspunkt samt å betale renter og andre omkostninger. Det kan argumenteres for at selskapets totale forpliktelser er selskapets ”ytelse”. En slik betraktning skulle medføre at både hovedstol, renter og omkostninger blir omfattet av begrepet ”ytelse[n]” i § 3-8. Grunnlaget for vurderingen blir da nåverdien av avdrags-, rente- og omkostningsstrukturen.<sup>68</sup>

På den annen side taler mye for å ikke sette likhetstegn mellom ytelsen og forpliktelsen. Regnskapsretten kan være illustrerende. Et selskap plikter å føre et resultatregnskap der inntekter og utgifter oppføres samt et balanseregnskap der selskapets eiendeler og gjeld (aktiva og passiva) oppføres.<sup>69</sup> Selskapets pengeytelser vil komme til uttrykk som utgifter i resultatregnskapet, mens selskapets forpliktelser vil fremkomme av balanseregnskapet. Når et selskap tar opp et lån, vil det utgiftsføre løpende renter og omkostninger i resultatregnskapet, mens hovedstolen vil bli oppført som gjeld i balanseregnskapet. Etter en regnskapsrettslig tankegang vil selskapets ”ytelse” ved opptak av et lån kun omfatte renter og omkostninger, mens hovedstolen betraktes som en forpliktelse som skal tilbakeføres, men som er adskilt fra selskapets ”ytelse”.

Videre kan det et selskap betaler i renter og omkostninger anses som prisen for å ”leie” hovedstolen i lånets løpetid. Det er jo ikke snakk om å ”kjøpe” beløpet, kun å ”leie” det

---

<sup>68</sup> Andenæs (2006) s. 430.

<sup>69</sup> Se lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr 56 kapittel 6.

over en viss periode. Dersom selskapet hadde inngått en leieavtale av en eiendom eller en bil, ville man ikke inkludert verdien av eiendommen eller bilen i selskapets ”ytelse”, selv om selskapet er forpliktet til å levere tilbake leieobjektet så vel som å betale den løpende leien.

Ordlyden ”virkelig verdi” taler også for at hovedstolen ikke er omfattet, da det rent teoretisk kan tenkes at dette kan tilbakeføres når som helst (med de begrensninger som følger av låneavtalen). Et argument i motsatt retning er at risikoen for at hovedstolen går tapt påhviler datterselskapet (låntager) etter låneopptaket. § 3-8 søker imidlertid kun å forhindre at det blir betalt en overpris for lånet. Disponeringen av selve lånebeløpet begrenses av andre bestemmelser i aksjeloven. Dersom det igjen trekkes en parallell til et leieforhold, ser en at et selskap som leier et objekt påtar seg risikoen for at objektet går tapt (her er det imidlertid store modifikasjoner ved bruk av forsikringsordninger).

Formålet med § 3-8, å forhindre etterstiftelse samt å verne kreditorer og øvrige aksjeeiere, ivaretas ved å hindre at det inngås låneavtaler med et morselskap på ugunstige vilkår. Renter og omkostninger er prisen datterselskapet betaler for å disponere hovedstolen en viss periode. Dette må derfor anses som datterselskapets totale ”ytelse”. Det vil derfor være nåverdien av renter og omkostninger for den avtalte låneperioden som må være grunnlaget for vurderingen av ytelsens ”virkelig[e] verdi”. Oppsigelsesklausuler mv., vil bli behandlet i punkt 6.3.5.

### 6.3.3 Datterselskapets ytelse der det opptrer som långiver

Som ledd i et konserns finansieringsstruktur er det ikke uvanlig at et datterselskap låner penger til et morselskap. Ved inngåelsen av låneavtalen oppstår problemstillingen om hva selskapets ytelse er på tilsvarende måte som i punkt 6.3.2. Rent umiddelbart kan det synes mer nærliggende å anta at selskapets ytelse i disse tilfellene består av hovedstolen. Basert på resonnementene presentert ovenfor i punkt 6.3.2 vil imidlertid en slik tankegang ikke være riktig.



Det må her som i punkt 6.3.2 skilles mellom ytelse og forpliktelse. At et selskap forplikter seg til å stille et beløp til disposisjon for en viss periode, innebærer ikke at ”ytelse[n] har en virkelig verdi” tilsvarende dette beløpet (hovedstolen). ”Ytelse[ns]...virkelig[e] verdi” er prisen markedet er villig til å betale (renter og omkostninger) for å låne det konkrete pengebeløpet i den konkrete perioden.

Regnskapsrettslig vil selskapets inntekter fra å låne ut penger inntektsføres i resultatregnskapet og hovedstolen føres opp i balansen som en fordring. Det som inntektsføres (renter og omkostninger) vil være ”ytelse[n]”. Analogien til leieforhold trekker i samme retning. I alminnelige leieforhold der et selskap leier ut en bil eller en eiendom, vil ikke verdien av leieobjektet anses som ”ytelse[n]”.

Risikoen datterselskapet tar på seg ved å yte hovedstolen vil være reflektert i renteinntektene og omkostningene det mottar. Siden det er ytelsens virkelige verdi som skal legges til grunn, er det markedsprisen og ikke nødvendigvis hva morselskapet faktisk betaler i renter og omkostninger som er avgjørende.

#### 6.3.4 Datterselskapets ytelse der det stiller garanti og/eller sikkerhet

Der datterselskapet stiller sikkerhet for egen forpliktelse til fordel for morselskapet kan avtalen i mange situasjoner anses å være omfattet av selve lånet og således som et vilkår for å få lånet. Beregningen vil da bli foretatt som et element i den vurderingen som må gjøres for å finne verdien av datterselskapets ytelse når det tar opp et lån. Se punkt 6.3.2. Dersom sikkerheten blir stillet i ettertid må det foretas en tilsvarende beregning som beskrevet nedenfor i de situasjoner datterselskapet garanterer og/eller stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelser til fordel for en långiver.

I et konsern er det som nevnt nokså vanlig at morselskapet låner inn all kapitalen fra en ekstern långiver, for så å distribuere det internt i konsernet etter behov. En forutsetning for å få dette lånet er ofte at hvert enkelt datterselskap stiller garanti og/eller sikkerhet for morselskapets forpliktelse, og også aksepterer å være solidarisk ansvarlige med morselskapet. Som et ytterpunkt kan det argumenteres for at den totale forpliktelsen

datterselskapet påtar seg gjennom et slikt arrangement utgjør ”ytelsen”. Dersom hvert enkelt datterselskap forplikter seg til å dekke hele morselskapets forpliktelse, kan dette utgjøre mer enn datterselskapets totale verdi. Å betrakte det mulige omfanget av en slik garanti/sikkerhetsstillelse fra et ”worst case scenario”-ståsted vil derfor ikke være rimelig ved vurderingen av hva ”ytelse[n]” er.

Dersom et uavhengig selskap skal garantere og/eller stille sikkerhet for et lån, mottar det som oftest en garantiprovisjon. Garantiprovisjonen er prisen det koster å få noen til å garantere for seg, og har således en parallell til utlåners mottak av renter og omkostninger. Datterselskapets ytelse skal som nevnt beregnes basert på hva den er verdt uavhengig av hva selskapet mottar som vederlag. Avgjørende for beregningen av ytelsens verdi må derfor være markedsprisen for garantiprovisjonen. I konserninterne lånearrangementer vil det imidlertid sjeldnere være tale om noen garantiprovisjon, fordi datterselskapet stiller garanti for i neste omgang å få finansiering fra morselskapet. For å finne ut verdien av et datterselskaps ytelse når dette stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelser må det derfor gjøres en vurdering av hva markedsprisen på en tenkt garantiprovisjon for den aktuelle garantien og/eller sikkerheten ville vært. I denne vurderingen vil momenter som markedets generelle rentevilkår og debtors bedriftsspesifikke risiko måtte tas i betraktning. Jo lavere kredittverdighet debitor har, desto høyere vil garantiprovisjonen være.

Selv om utarbeidelsen av en tenkt garantiprovisjon kan by på utfordringer i praksis, antar jeg at dette vil være den mest presise måten å avgjøre hva selskapets ytelse utgjør.

### 6.3.5 Forholdet til omgåelse

I skatteretten er omgåelse en kjent problematikk og det er således utviklet en omgåelsesnorm som fastsetter kriterier for vurderingen.<sup>70</sup> I selskapsretten finnes ikke en tilsvarende fast omgåelsesnorm, men omgåelsesnormen i skatteretten kan gi holdepunkter for den vurderingen som må foretas.

---

<sup>70</sup> Zimmer (2005) s. 61 flg.

For § 3-8 vil det være mest aktuelt å vurdere omgåelse i forhold til vilkåret i hovedregelen om at avtalen må utgjøre en tidel av aksjekapitalen. Ved verdsettelsen av selskapets ytelse er det særlig to situasjoner som reiser spørsmål om omgåelse. For det første kan inngåelsen av flere mindre avtaler (som i realiteten kan synes å dreie seg om én større avtale) tenkes å bli vurdert etter reglene om omgåelse. For det andre kan det oppstå spørsmål om omgåelse der det inntas oppsigelsesklausuler eller tilsvarende begrensninger i en løpende avtales lengde, dersom dette er gjort med det formål å få ned verdien.

Etter ordlyden gjelder beløpsbegrensningen den enkelte avtale som inngås, og er ikke til hinder for at det inngås flere selvstendige avtaler som til sammen overstiger grensen. Dreier det seg imidlertid om avtaler som reelt sett må betraktes som en avtale som er stykket opp i flere mindre avtaler med det formål å omgå regelen, vil det kunne stille seg annerledes.<sup>71</sup> I forhold til konserninterne lånearrangementer må spørsmålet om det foreligger en omgåelse bero på en konkret vurdering. Siden det i konserninterne forhold vil være vanlig med mange låneavtaler som til sammen kan utgjøre store summer, vil jeg anta at terskelen er høy for å konsolidere disse. Momenter som spiller inn i vurderingen vil være hva slags sammenheng det er mellom transaksjonene, hvor lang tid er det mellom transaksjonene, og i hvilke grad oppdelingen strider imot de hensyn § 3-8 ivaretar.

I de tilfellene en løpende avtale inneholder en adgang for selskapet til å si opp avtalen, vil oppsigelsestidens lengde som utgangspunkt være avgjørende, ifølge forarbeidene.<sup>72</sup> Dette innebærer at for de tilfeller konserninterne lånearrangementer inneholder en klausul om adgang til å innfri lånet (når selskapet er låntager) eller kreve lånet tilbake (når selskapet er långiver), vil selskapets totale ytelse bestå av rentene og omkostningenes diskonterte verdi i oppsigelsestidens lengde. I praksis er det vanlig at konserninterne låneavtaler inneholder klausuler om mer eller mindre umiddelbare oppsigelsesmuligheter. Slik oppsigelsesadgang kreves gjerne av eksterne långivere, som kan ha pant i internlånene som sikkerhet for lån gitt til morselskapet i konsernet.

---

<sup>71</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 353.

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45, og Andenæs s. 430.

Sigurdsen mener det må tas utgangspunkt i den formelle lengden, men at det vil være omgåelse dersom man setter en oppsigelsestid man vet ikke vil være reell. Videre mener han at der det er helt utopisk at avtalen sies opp før en viss periode, må man regne med den perioden som det i praksis ikke er aktuelt å forvente en oppsigelse.<sup>73</sup> Bråthen går lenger, og mener at en kort formell oppsigelsestid neppe kan være avgjørende, dersom avtalens varighet i praksis vil være mye lenger.<sup>74</sup> Han mener det da bør legges til grunn den sannsynlige reelle varighet ved beregningen av selskapets ytelse. Etter min vurdering går disse synspunktene kanskje litt for langt for konserninterne lånearrangementer. For det første medfører det et stort usikkerhetsmoment at det skal foretas en vurdering av den sannsynlige reelle varigheten av avtalen. For det andre vil en (kort) formell oppsigelsesadgang medføre en juridisk og faktisk begrensning av avtalen. Hensynet til kreditorer og øvrige aksjeeiere ivaretas ved at selskapet ikke er bundet lenger enn oppsigelsesfristen, og kan tre ut av avtalen etter utløpet av denne. For det tredje mener jeg at det bør kreves tungtveiende hensyn for å legge til grunn noe annet enn det som er formelt avtalt mellom partene, da dette vil føre til lavere forutsigbarhet. Jeg mener derfor at det ikke er grunn til å fravike forarbeidenes uttalelse på dette punkt, uavhengig av hvor kort fristen settes.<sup>75</sup>

Ved konserninterne låneavtaler vil det etter min mening ikke være rom for noen vurdering av hvor lenge låneavtalen sannsynligvis kommer til å vare, dersom det er avtalt en juridisk og faktisk bindende oppsigelsesadgang. Der den konserninterne låneavtalen inneholder en oppsigelsesadgang på for eksempel 30 dager, vil ytelsens verdi dermed være den diskonterte summen av renter og omkostninger i en 30 dagers periode.

Det skal mer til for at en avtale skal bli ansett som en omgåelse av reglene i § 3-8 enn at en disposisjon skal bli ansett som omgåelse i forhold til skatteretten. Grunnen er at de hensyn

---

<sup>73</sup> Sigurdsen (2006) s. 121.

<sup>74</sup> Bråthen (2007) s. 77.

<sup>75</sup> Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45, og Andenæs s. 430.

skatteretten ivaretar er av en helt annen karakter enn de hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til § 3-8. At en avtale blir modifisert med det formål å unngå en vurdering etter § 3-8 er ikke nødvendigvis skadelig for kreditorer og minoritetsaksjeeiere. Dersom en låneavtale begrenses i sitt omfang ved for eksempel en oppsigelsesklausul, vil jo dette være en juridisk og faktisk begrensning som vil få betydning for omfanget av selskapets forpliktelse og ytelse. Både hensynet til kreditorer og øvrige aksjeeiere blir ivaretatt selv om begrensningen i avtalen er inntatt med § 3-8 i tankene. En slik klausul i avtalen vil resultere i at avtalen vil ligge utenfor området til § 3-8, selv om den kanskje kunne tenkes å bli rammet av § 3-8 uten en slik klausul. Bestemmelsen kan dermed sies å ha fått sin (indirekte) virkning på avtaleforholdet.

Domstolene vil sannsynligvis kunne slå ned på forsøk på illojale omgåelser, da det reelle går foran eventuelle formelle konstruksjoner.<sup>76</sup> Men det formål å unngå § 3-8 vil som regel ikke være grunn nok til å betrakte noe som illojalt, med mindre andre særlige hensyn spiller inn.

#### 6.3.6 Tidspunktet for vurderingen

Etter § 3-8 skal selskapets ytelse vurderes på ”tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”. I følge forarbeidene skal verdivurderingen foretas på det tidspunktet avtalen blir bindende for selskapet.<sup>77</sup> Departementet fremhever at det ikke er tidspunktet for generalforsamlingen som skal legges til grunn. Begrunnelsen er at det grunnet ytelsens verdi oftest ikke vil være noen generalforsamling. Det er derfor de alminnelige avtalerettslige regler som kommer til anvendelse ved vurderingen av tidspunktet. Selskapet vil for eksempel være bundet i det de aksepterer et tilbud.

---

<sup>76</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 354.

<sup>77</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 163.

## 6.4 Unntaket i § 3-8 (1) nr 4 – den reelle hovedregel

### 6.4.1 Problemstillingen

I § 3-8 er særlig unntaket i første ledd nr 4 vesentlig for konserninterne transaksjoner. Det fremgår her at saksbehandlingsregelen i § 3-8 ikke kommer til anvendelse på ”avtale[r] som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Unntaket, som oppstiller to kumulative vilkår, er av stor praktisk betydning og gjør at de fleste avtaler som i utgangspunktet omfattes av § 3-8 likevel vil være unntatt.<sup>78</sup> Problemstillingen i det følgende er om konserninterne låneavtaler på et generelt grunnlag kan sies å være omfattet av unntaket.

### 6.4.2 ”Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet”

I forbindelse med etterkontrollen av aksjeloven ble det fremhevet at den daværende ordlyden ”forretningsavtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet” skapte usikkerhet rundt rekkevidden av unntaket. Det var heller ikke gitt noen føringer i forarbeidene. Spørsmålet var hvorvidt ordlyden kun omfattet avtaler som hadde med selskapets kjernevirksomhet å gjøre, eller om også andre ordinære avtaler som ethvert selskap inngår var omfattet. For å eliminere usikkerheten ble ordlyden endret fra ”forretningsavtale” til ”avtale”.<sup>79</sup> I forarbeidene ble det i denne forbindelse uttalt:

*”Med denne ordlyden tar departementet sikte på at vanlige avtaler som selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet, skal være omfattet av unntaksbestemmelsen. Det stilles dermed ikke noe krav at avtalen knytter seg direkte til selskapets kjernevirksomhet.”*<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 47.

<sup>79</sup> Endringen trådte i kraft 1. januar 2007.

<sup>80</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 48.

Endringen av ordlyden er forsiktig, og det fremgår av forarbeidene at lovgiver ønsker at det nærmere innholdet av bestemmelsen skal utvikles gjennom praksis.<sup>81</sup> Men lovgiver har altså i forbindelse med endringen gitt en klarere føring på hva de mener bør omfattes, og noe av den usikkerheten som var tidligere må kunne anses opphørt.

Etter endringen av 1. januar 2007 er det nå klart at ordlyden ikke bare refererer til selskapets kjernevirksomhet, men at alle avtaler som selskapet har behov for å inngå for å kunne tilby sine varer eller tjenester er omfattet.<sup>82</sup> En slik tolkning synes også å ha vært den mest utbredte oppfatningen før endringen.<sup>83</sup> Videre vil en slik tolkning samsvare best med ordlyden og ingen av hensynene bak § 3-8 taler for en snevrere tolkning. I tillegg til selskapets kjernevirksomhet, omfattes dermed bl.a. støttefunksjoner som husleiekontrakter, leasingavtaler, ansettelsesavtaler, avtaler om kjøp og salg av driftsmidler, forsikringsavtaler og andre administrative avtaler. Som departementet påpekte, er det et viktig formål med bestemmelsen at man unngår å vanskeliggjøre gjennomføringen av legitime transaksjoner.<sup>84</sup> Avtaler som er inngått som følge av lovbestemte pålegg, for eksempel avtaler om regnskapsførsel, pensjon m.v. må derfor også antas å være omfattet av selskapets vanlige virksomhet.

På den annen side faller avtaler som det ikke er nødvendig for selskapet å inngå utenfor begrepet.<sup>85</sup> Vurderingen av hva som er nødvendig vil i utgangspunktet bero på objektive forhold, men det må antas at det er rom for en viss subjektiv variasjon i vurderingen av hvilke avtaler som det er nødvendig for et selskap å inngå. Det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering. For eksempel vil en avtale mellom et IT-selskap og en aksjeeier om at selskapet skal kjøpe et stort parti laks fra aksjeeieren som julegaver til selskapets ansatte, måtte anses som en avtale som ikke er nødvendig for selskapet å inngå

---

<sup>81</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 47.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

<sup>83</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 357.

<sup>84</sup> Ot.prp. nr 55 (2005-2006) s. 47.

<sup>85</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 356.

og således ikke er innenfor dets vanlige virksomhet. Avtaler om salg av driftsmidler ved opphør av virksomhet, kjøp av driftsmidler til ny virksomhet, og sponsoravtaler vil antakelig også kreve generalforsamlingsbehandling. Videre må det etter mitt syn være rom for en viss dynamikk i utviklingen av hva som skal anses som selskapets vanlige virksomhet. Det som ikke var innenfor selskapets vanlige virksomhet for ett år siden, vil kunne tenkes å være det nå.

For at en avtale skal ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet innebærer det at avtalen må ligge innenfor den faktiske virksomheten til selskapet. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å se hen til den beskrivelse av virksomheten som er vedtektsfestet da disse ofte er svært generelle og upresise.<sup>86</sup> Det er av samme grunn heller ikke noe krav at avtalen skal ligge innenfor det vedtektsfestede formålet. Vedtektene vil imidlertid kunne gi holdepunkter til et utgangspunkt for vurderingen da det til disse stilles visse krav, jf. § 2-2.

Ordlyden ”vanlige” kan tolkes på mange måter. En avtale innenfor selskapets vanlige virksomhet kan etter en alminnelig språklig forståelse bety en avtale det aktuelle selskapet inngår ofte, for eksempel kjøp av renholdstjenester. En annen tolkning er en avtale som er vanlig for denne typen selskaper å inngå, for eksempel kjøp av datautstyr for et IT-selskap. Videre kan det bety en avtale som for selskaper generelt er vanlig å inngå, for eksempel kjøp av regnskapstjenester. Endelig kan ordlyden forstås å innebære avtaler som etter sin art anses som vanlig, for eksempel husleieavtaler. Etter min vurdering vil alle disse eksemplene være avtaler som er innenfor selskapets vanlige virksomhet.

Bråthen tillegger ordlyden en litt mer bestemt betydning, og hevder det ikke kan inngås avtaler som ikke også ville vært foretatt med en utenforstående tredjemann.<sup>87</sup> Synspunktet fremkommer også i en dom avsagt av Agder lagmannsrett 25. oktober 2006 (LA-2006-38534). Situasjonen må være at selskapet ville inngått avtalen uavhengig av aksjeeierforholdet. Vurderingen som må foretas har også her en nær parallell til skatteretten

---

<sup>86</sup> Andenæs (2006) s. 430, Aarbakke m.fl. (2004) s. 206.

<sup>87</sup> Bråthen (2003) s. 886.



og det såkalte armlengdeprinsippet.<sup>88</sup> Etter skatteloven § 13-1 har ligningsmyndighetene hjemmel til å gripe inn mot internprising som avviker fra markedsvilkår gjennom skjønnsmessig fastsettelse av inntekt og formue. Etter § 13-1 tredje ledd ”skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget”. Dette er i tråd med OECDs retningslinjer for internprising.<sup>89</sup> Selv om skatteloven ikke har noen direkte betydning i forhold til § 3-8, vil en tilsvarende vurdering måtte foretas. Videre hevder Bråthen at avtalen må være begrunnet i en forretningsmessig synsvinkel og være egnet til å gi selskapet en økonomisk vinning eller beskytte det mot tap.<sup>90</sup>

Disse betraktningene kan kanskje hevdes å heller høre under vilkåret ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, men Bråthen drøfter det under kravet om vanlig virksomhet. Det har imidlertid gode grunner for seg å drøfte det her fordi resultatet av Bråthens resonnement er at avtaler som ikke er forretningsmessig begrunnet, heller ikke kan anses for å være innenfor selskapets vanlige virksomhet.

Etter min vurdering vil den forretningsmessige begrunnelsen bak en avtale være det som er mest egnet til å avgjøre hvorvidt en avtale skal anses å ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet. Alternativet er å legge mer vekt på å tolke ordlyden ”vanlige virksomhet” og foreta en vurdering av hvorvidt selskapet for eksempel har inngått nøyaktig samme type avtale tidligere. I en slik vurdering vil det imidlertid være risiko for at man faller ned på et resultat som ikke nødvendigvis er i samsvar med formålet bak unntaket, som er å unnta alminnelig begrunnede og legitime avtaler fra en omfattende saksbehandling etter § 3-8.

Bråthen antar at saksbehandlingsregelen i § 3-8 sjelden vil komme til anvendelse i konsernforhold da unntaket om vanlig virksomhet trolig langt på vei vil falle sammen med avtaler som er lovlige etter aksjeloven § 3-9.<sup>91</sup> Det kan hevdes at Bråthen her gir unntaket i

---

<sup>88</sup> Se punkt 4.2 for nærmere forklaring.

<sup>89</sup> Skaar og Ellneby (1998).

<sup>90</sup> Bråthen (2003) s. 886.

<sup>91</sup> Bråthen (2003) s. 892.

§ 3-8 for liten selvstendig betydning. Jeg er av den oppfatning at unntaket krever en nærmere vurdering i forhold til konserninterne lånearrangementer.

For konserninterne lånearrangementer vil det være hensiktsmessig å dele opp vurderingen for henholdsvis tilfeller hvor datterselskapet opptar et lån fra morselskapet, hvor datterselskapet gir et lån til morselskapet og hvor datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet.

I de tilfellene datterselskapet opptar et lån fra morselskapet er dette som oftest for å finansiere driften eller en investering i selskapet. Til tross for at et lån kan utgjøre store summer og ha stor betydning for datterselskapet, vil normale lånesituasjoner begrunnes med at datterselskapet har et behov for det. Slike lån vil derfor som oftest være forretningsmessig begrunnet ved at de er grunnlaget for datterselskapets virksomhet. Det kan i slike situasjoner argumenteres for at låneopptaket, på tilsvarende måte som for eksempel husleieavtaler, er en avtale som må anses å ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet. Hensynet til kreditorene og øvrige aksjeeiere vil dessuten i stor grad bli ivaretatt gjennom vilkåret om at pris og andre vilkår skal være vanlige, se punkt 6.4.3. Som departementet uttaler er det ingen avgjørende innvendinger mot å la unntaksbestemmelsen få et nokså vidt anvendelsesområde, forutsatt at avtalen inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler.<sup>92</sup>

Formålet med lånet må imidlertid også spille inn i vurderingen. Der formålet med låneopptaket er å finansiere driften og vanlige investeringer, vil det etter mitt syn være en del av selskapets vanlige virksomhet. Dersom låneopptaket derimot skal finansiere en spesiell investering eller noe ekstraordinært for selskapet, kan det reises spørsmål om lånet faller innenfor selskapets vanlige virksomhet. Fordi penger er en generisk ytelse, vil det kunne by på problemer å vurdere hvilke penger som går til driften, og hvilke penger som går til for eksempel en ekstraordinær investering.

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

Hovedregelen må derfor, etter min mening, være at et datterselskaps låneopptak fra et morselskap, ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet. Fra dette utgangspunkt må det gjøres unntak for låneopptak hvor formålet ikke er ordinært, for eksempel ved store investeringer eller andre ekstraordinære formål.

Dersom datterselskapet låner penger til morselskapet er det ved første øyekast ikke like klart at avtalen omfattes av den vanlige virksomheten. Det kan umiddelbart virke som om det ikke er et like stort behov for et selskap å låne ut penger som å låne penger. I konserninterne forhold kan imidlertid finansieringsstrukturen innebære at en slik utlåning fremstår som både nødvendig og helt ordinær, for eksempel som et ledd i en konsernkontoordning, jf. nedenfor.

Et lån fra et datterselskap til et morselskap vil i utgangspunktet også omfattes av ordlyden i § 8-7 første ledd, men som oftest gå klar av bestemmelsen på grunn av konsernunntaket i § 8-7 tredje ledd nr 2. I denne bestemmelsen har altså lovgiver gjort et unntak for konserninterne lånearrangementer. Bakgrunnen for dette unntaket er nettopp det preget av alminnelighet et lånearrangement innad i et konsern har. Selv om § 8-7 er en materiell regel, ivaretar den tilsvarende hensyn som saksbehandlingsregelen § 3-8, og det faktum at lovgiver har gjort unntak for konserninterne lån kan benyttes som et argument for å anse konserninterne lånearrangementer å oppfylle vilkåret til ”vanlige virksomhet”.

Lån fra et datterselskap til et morselskap vil gjerne skje som ledd i den totale likviditetsstyringen og finansieringsstrukturen i konsernet som helhet. Slike låneavtaler må derfor sies å være forretningsmessige begrunnet. Selv om utlån av penger for enkelte selskapers vedkommende kan tenkes å falle utenfor den vanlige virksomheten, vil etter min oppfatning hovedregelen for konserninterne forhold være at utlån til et morselskap ligger innenfor datterselskapets vanlige virksomhet, forutsatt at dette skjer til vanlig pris og andre vilkår.

På tilsvarende måte som for lån, oppstår spørsmålet om det anses å ligge innenfor den vanlige virksomheten å stille garanti og/eller sikkerhet i tilknytning til lånearrangementer. Der datterselskapet tar opp et lån fra morselskapet, må det kunne sies å være innenfor den vanlige virksomheten å stille garanti og/eller sikkerhet for det aktuelle låneopptaket til fordel for morselskapet. Begrunnelsen er at en ekstern långiver også ville krevd en garanti og/eller sikkerhetsstillelse. I forhold til situasjonen hvor datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet for morselskapets forpliktelse til fordel for en ekstern långiver, er ikke svaret like klart. Her er jo situasjonen at datterselskapet ikke umiddelbart og direkte får et vederlag for å stille slik garanti og/eller sikkerhet. At datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet for morselskapet kan imidlertid som nevnt foran innebære fordeler for datterselskapet. Når morselskapet fungerer som en internbank, kan en slik garanti- og/eller sikkerhetsstillelse være nødvendig for at morselskapet overhodet skal få lån eksternt. Hvis datterselskapet får anledning til å oppta lån hos morselskapet i tilknytningen til en slik disposisjon, kan garantien og/eller sikkerhetsstillelsen betraktes som å være en indirekte garanti- og/eller sikkerhetsstillelse for egen forpliktelse. Er en slik garanti- og/eller sikkerhetsstillelse gjort ut fra en forretningsmessig begrunnelse, det vil si at fordelene datterselskapet oppnår er balansert i forhold til verdien av garantien og/eller sikkerhetsstillelsen det gir, vil den etter min mening måtte anses å være innenfor den vanlige virksomheten. Dersom en garanti- og/eller sikkerhetsstillelse verken direkte eller indirekte gir selskapet en fordel, vil den imidlertid neppe kunne anses å ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet.

Konserninterne lånearrangementer står på mange måter i en særstilling i forhold til andre avtaler mellom et datterselskap og en aksjeeier. Formålet å forebygge ”etterstiftelse”, likhetshensynet og hensynet til kreditorer taler ikke for å begrense adgangen til å foreta konserninterne lånearrangementer så lenge disse er i samsvar med det andre kumulative vilkåret om vanlig pris og andre vilkår. Er det konserninterne lånearrangementet forretningsmessig begrunnet, taler det sterkt for å la det oppfylle vilkåret til vanlig virksomhet. Hensynet til effektivitet i næringslivet bør veie tungt, og det vil være uforholdsmessig tungvint om alle konserninterne låneavtaler må underlegges

saksbehandlingsregelen i § 3-8. Særlig gjelder dette der datterselskapet er heleid av morselskapet. Den ekstraordinære generalforsamlingen som må foretas vil da kun bestå av morselskapet. Som nevnt benyttes konserninterne lånearrangementer som et ledd i likviditetsstyringen til et konsern. Det kan derfor i løpet av kort tid oppstå mange lån mellom datterselskap og morselskap. Hyppigheten rundt denne typen arrangementer taler også for at de bør anses å være innenfor den ”vanlige virksomhet”.

Konserninterne lånearrangementer er, med de modifikasjoner som følger av drøftelsen ovenfor, etter min mening som hovedregel omfattet av det første kumulative vilkåret i unntaket i § 3-8 første ledd nr 4, og går klar av saksbehandlingsregelen § 3-8 dersom det andre kumulative vilkåret omtalt nedenfor i punkt 6.4.3 er oppfylt.

#### 6.4.3 ”Pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”

For at en avtale som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet skal være omfattet av unntaket i § 3-8 første ledd nr 4 må den også være inngått til en pris og på vilkår som er vanlige for slike avtaler. Hva som er vanlig pris og vilkår vil kunne variere fra bransje til bransje, og dersom det foreligger en kutyme for hvilke betingelser som gjelder for tilsvarende avtaler, må avtalen være inngått i tråd med disse betingelsene for å oppfylle vilkåret.<sup>93</sup> Som det uttales i forarbeidene må avtalevilkårene være fastsatt i overensstemmelse med eventuelle eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på vedkommende område.<sup>94</sup> I flere bransjer er det en utstrakt bruk av standardavtaler (”agreed documents”), det vil si avtaler som er fremforhandlet med representanter på både kjøper- og selgersiden. Slike avtaler vil være av stor betydning ved vurderingen. Hvor stort avvik som aksepteres med hensyn til pris og vilkår fra det som er vanlig gir loven ingen anvisning på. Loven krever ikke at avviket skal være vesentlig. I vurderingen må helheten i avtalens fordeling av økonomisk risiko og andre forpliktelser legges til grunn. Videre vil det kunne legges vekt på hvor lang tid det er siden avtalen ble inngått, da dette kan være en indikasjon på hvorvidt vilkårene har avveket fra det normale, jf. dom avsagt av Borgarting

---

<sup>93</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 355, Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) s. 24, og NOU 1996:3 s. 50.

<sup>94</sup> NOU 1992:29 s 81, og gjengitt i Ot.prp. nr 36 (1993-1994) s.171 og Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) s. 24.

lagmannsrett 6. november 2003 (LB-2003-9811).<sup>95</sup> Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i situasjonen og markedsforholdene på avtaletidspunktet. Det er hva som gjaldt da, og ikke hva som i ettertid ser best ut, som må legges til grunn.

I tilfeller hvor det ikke foreligger noen klare normer for hva som er vanlige betingelser for tilsvarende avtaler må det foretas en konkret helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som forretningsmessig begrunnet.<sup>96</sup> Ved denne vurderingen vil det avgjørende være om avtalen fremtrer som tilstrekkelig balansert, lojal i forhold til eventuelle minoritetsaksjeeiere og kreditorer, i tråd med alminnelige forretningsmessige prinsipper og om den ivaretar hensynet til selskapets beste.<sup>97</sup>

Et spørsmål som reiser seg her, og i forbindelse med tolkingen av § 3-8 annet ledd (som jeg kommer tilbake til i punkt 6.5), er hvorvidt vilkåret ikke er oppfylt dersom datterselskapet inngår en avtale som ikke inneholder pris og andre vilkår som er vanlige, men som likevel er til fordel for datterselskapet. For eksempel der datterselskapet gjør en meget god forretning. Ordlyden taler for å ikke la vilkåret i unntaket være oppfylt der datterselskapet for eksempel kjøper en tjeneste av en aksjeeier (morselskapet) til underpris. Formålet med bestemmelsen taler imidlertid klart imot å kreve saksbehandling etter § 3-8 dersom det dreier seg om en svært gunstig avtale for selskapet. Etter mitt syn bør ordlyden derfor tolkes innskrenkende på dette punkt, slik at en avtale som er inngått til pris og vilkår som er gunstigere enn vanlig oppfyller vilkåret. Dersom inngåelsen av denne avtalen også kan sies å ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet, vil avtalen være omfattet av unntaket i § 3-8 første ledd nr 4.

For konserninterne lånearrangementer vil vurderingen hovedsakelig dreie seg om hvilke rente- og omkostningsvilkår som inngår i avtalen. Men hvor det for eksempel foreligger en

---

<sup>95</sup> Bråthen (2007) s. 85. LB-2003-9811 s. 5.

<sup>96</sup> NOU 1992:29 s. 81.

<sup>97</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 356.

spesielt ugunstig avdragsstruktur eller låneavtalen inneholder vilkår og betingelser som fremtrer som spesielle, vil dette også være relevant i vurderingen av om vilkåret er oppfylt.

Rentevilkårene vil som oftest være uttrykt i LIBOR/NIBOR<sup>98</sup> pluss et antall basispunkter i rentemargin/fortjeneste. Problemstillingen blir da hvor mye til eller fra LIBOR/NIBOR som skal aksepteres. Ved denne vurderingen må det foretas en sammenligning med hvilken pris andre selskaper i tilsvarende bransje med tilsvarende risiko har adgang til å låne på, basert på det gjeldende klimaet i økonomien på avtaletidspunktet. Vurderingen kan bli komplisert fordi det slett ikke alltid vil finnes noe relevant sammenligningsgrunnlag. Et utgangspunkt kan muligens være den renten selskapet måtte ha betalt hvis det hadde gått direkte til en långiver utenfor konsernet. Et annet utgangspunkt vil kunne være den prisen morselskapet betaler for lånet. Ved et slikt utgangspunkt må det være anledning for morselskapet til å foreta et påslag for å dekke utgiftene ved å ha en internordning slik en del store konsern har. I tillegg bør det etter min mening være mulig å foreta en ulik prising internt i konsernet avhengig av hvilke datterselskaper det lånes til, basert på de ulike risikoelementene som kan variere sterkt fra selskap til selskap i et konsern.

Ved vurderingen av hva som er vanlig pris ved konserninterne lån vil det igjen kunne trekkes paralleller til skatteretten og det såkalte armlengdeprinsippet.<sup>99</sup> I skatteretten har skattemyndighetene i en rekke saker fastsatt rentesatsen ved skjønn.<sup>100</sup> Utgangspunktet ved skjønnsfastsettelsen er at ”formue eller inntekt settes til det den antas å ville ha vært om interessefellesskapet ikke hadde foreligget”.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> NIBOR (Norwegian InterBank Offered Rate) (også kalt for norsk eurorente) er en referanserente i valutabyttemarkedet, en såkalt valutaswaprente. På interbanknivå, brukes denne renten ofte som referanse for pengemarkedsrenter mellom bankene. Utlånsrenten ulike banker krever av andre banker vil dermed korrelere i en viss grad med valutaswaprentene. LIBOR (London Interbank Offered Rate) gjelder tilsvarende i internasjonale forhold, hvor typisk dollar er basisvalutaen.

<sup>99</sup> Se punkt 4.2 for nærmere forklaring.

<sup>100</sup> Med hjemmel i skatteloven § 13-1.

<sup>101</sup> Skatteloven § 13-1.

Som nevnt i punkt 4.2, ble det i Conoco-dommen av 27. juni 1990 foretatt en skjønnsligning etter daværende skattelov § 54 (tilsvarende nåværende skattelov § 13-1). Retten kom her til at LIBOR pluss 1 prosent var for høyt, og satte renten skjønnsmessig ned til LIBOR pluss 3/8 prosent. Dommen viser at på skatterettens område er det lite rom for en individuell vurdering av internprisingen. Ved anvendelse av armlengdeprinsippet på § 3-8 første ledd nr 4, vil vurderingstemaet etter mitt skjønn bli tilsvarende det som foretas etter § 3-9. Som nevnt i punkt 4.2, innebærer dette en mildere vurdering enn ved fastleggelse av armlengdeprinsippet i skatteretten.

I forhold til datterselskapets garanti- og sikkerhetsstillelse for morselskapets forpliktelser til fordel for ekstern långiver, vil det som nevnt i punkt 4.2 om § 3-9 fort kunne oppstå spørsmål rundt balansen i avtaleforholdet. I praksis fungerer det ofte slik at datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet uten at det direkte får noe lån eller annen godtgjørelse for dette umiddelbart. Det kan således argumenteres for at avtalen mangler motytelse og således ikke er forretningsmessig begrunnet. Her må det imidlertid sees hen til den eventuelle fordel datterselskapet har av at konsernet får en styrket totalfinansiering. Det må bero på en konkret helhetsvurdering hvorvidt avtaleforholdet er balansert. En avtale om garanti- og/eller sikkerhetsstillelse vil derfor vanligvis, forutsatt at den er balansert og forretningsmessig begrunnet, etter mitt skjønn oftest måtte anses å være omfattet av unntaket i § 3-8 nr 4.

Konklusjonen for hvorvidt et lån eller garanti- og/eller sikkerhetsstillelse er i samsvar med vilkåret om vanlig pris og vilkår, vil bero på en konkret vurdering. Der arrangementene er forretningsmessig begrunnet, det vil si lånerenten er tilnærmet markedspris og garanti- og/eller sikkerhetsstillelsen medfører en realistisk fordel tilbake, vil vilkåret etter mitt syn være oppfylt.

#### 6.4.4 Forholdet mellom § 3-8 første ledd nr 4 og § 3-9 første ledd

Etter § 3-9 skal konserninterne transaksjoner ”grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”. Dette kravet er ikke ulikt vilkåret i § 3-8 første ledd nr 4 om at en avtale



som er innenfor ”selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, er unntatt fra § 3-8.

Hvis ordlyden i § 3-8 anses å ikke innebære et strengere vilkår enn det som oppstilles i § 3-9, vil i realiteten ingen konserninterne avtaler, forutsatt at de er i samsvar med § 3-9, være omfattet av § 3-8. Ordlydsmessig faller kravet i § 3-9 første ledd og det andre kumulative vilkåret i § 3-8 første ledd nr 4 sammen. Spørsmålet må derfor være om det første vilkåret i § 3-8 første ledd nr 4 om ”vanlige virksomhet” innebærer et strengere krav til avtalen enn ordlyden i § 3-9 første ledd.

§ 3-9 innebærer ikke noe krav om at avtalen skal være innenfor selskapets vanlige virksomhet, så lenge den er inngått på vanlige vilkår og prinsipper. Som jeg har argumentert for i punkt 6.4.2, vil imidlertid avtalens forretningsmessige begrunnelse være et tungtveiende argument for å avgjøre hvorvidt den ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet etter § 3-8 nr 4 første vilkår. Til tross for at vurderingene kan gli noe over i hverandre, må etter min mening ordlyden i § 3-8 første ledd nr 4 innebærer et strengere krav til avtalen enn det som følger av § 3-9.

Det fremgår av forarbeidene at § 3-8 og 3-9 gjelder ved siden av hverandre.<sup>102</sup> Under høringen ble det foreslått fra enkelte høringsinstanser at avtaler mellom konsernselskaper ikke skulle omfattes i det hele tatt, da det ble hevdet at bestemmelsen i § 3-8 generelt ikke har noen begrunnelse i konsernforhold. Departementet var ikke enig i dette forslaget og viste til at § 3-8 bare vil omfatte avtaler som ligger utenfor selskapets vanlige virksomhet som det vil være grunn til å sikre åpenhet og gjennomsiktighet.<sup>103</sup> Det må derfor legges til grunn at unntaket i § 3-8 første ledd nr 4 er av en noe strengere og mer konkret art enn det generelle kravet i § 3-9.

---

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 136.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

§ 3-8 har dermed selvstendig betydning ved siden av § 3-9. Det må derfor kunne tenkes konserninterne avtaler der kravet i § 3-9 er oppfylt, mens vilkårene for å være omfattet av unntaket i § 3-8 første ledd nr 4 ikke er oppfylt. Som nevnt over, mener jeg at konserninterne lånearrangementer som hovedregel vil være omfattet av selskapets vanlige virksomhet. Det vil derfor etter min oppfatning trolig være lite praktisk at et konserninternt lånearrangement som er i samsvar med § 3-9 ikke samtidig skulle oppfylle vilkårene i unntaket i § 3-8 første ledd nr 4.

#### 6.5 §3-8 annet ledd - en materiell bestemmelse? Forholdet til § 3-9 første ledd

Dersom en avtale er omfattet av § 3-8 og ingen av unntakene kommer til anvendelse, skal styret utarbeide en redegjørelse etter reglene i § 2-6. Redegjørelsen ”skal inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta” (min uthevelse). Redegjørelsen skal bekreftes av revisor og sendes uten opphold til Foretaksregisteret. Redegjørelsen skal være grunnlaget for generalforsamlingens behandling, og eventuell godkjenning, av avtalen.

I motsetning til resten av saksbehandlingsbestemmelsen § 3-8, oppstilles her et tilsynelatende materielt vilkår. Det skal være rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det selskapet skal motta. Dette vilkåret var ikke til stede i den opprinnelige § 3-8, men kom til i forbindelse med etterkontrollen og endringen som trådte i kraft 1. jan 2007. Hensikten med tilføyelsen var å oppklare en usikkerhet om hva henvisningen til § 2-6 omfattet.<sup>104</sup>

Vilkåret reiser spørsmålet om generalforsamlingen kan godkjenne en avtale der det *ikke* er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlag selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta. Rent ordlydsmessig synes vilkåret å innebære at styret ikke kan fremlegge en redegjørelse der det ikke er slikt rimelig samsvar mellom verdiene. Hadde ordlyden i kravet for eksempel vært at redegjørelsen skal inneholde en erklæring

---

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

”om det er rimelig samsvar...” ville bestemmelsen vært langt mindre problematisk. Det er ordet ”at” som innebærer at det tilsynelatende stilles et materielt krav.

§ 3-9 setter den ytre rammen for hva slags konserninterne transaksjoner som er lovlig ved at de skal ”grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”. Spørsmålet er om vilkåret i § 3-8 annet ledd setter ytterligere skranker for hva slags transaksjoner som kan foretas konserninternt i de tilfeller der transaksjonen omfattes av § 3-8. Ordlyden kan synes strengere da det her vises til en verdiberegning, i motsetning til § 3-9 som ikke setter begrensning for transaksjoner av mer eller mindre ensidig art, så lenge de er i samsvar med vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper.

Det vil være noe underlig hvis resultatet av at en avtale var omfattet av § 3-8, skulle være at det ble oppstilt strengere materielle vilkår for avtalen enn om den ikke hadde vært omfattet. Formålet med § 3-8 er jo kun å få tvilsomme avtaler opp i dagens lys for godkjenning av generalforsamlingen, ikke å oppstille strengere krav til konserninterne avtaler. Hvis vilkåret skulle tolkes strengere enn de øvrige kravene til konserninterne avtaler i aksjeloven, vil dette føre til urimelige resultater.

Et spørsmål som kan reises er om en avtale der selskapet blir gunstig stillet vil være i samsvar med § 3-8 annet ledd (på tilsvarende måte som for § 3-8 første ledd nr 4, omtalt i punkt 6.4.3). Etter bestemmelsens ordlyd skal det jo være balanse (”rimelig samsvar”) mellom ytelsene, noe som da ikke vil være tilfelle. Den 4. juli 2008 kom Lovavdelingen med en tolkningsuttalelse vedrørende kravet til ”rimelig samsvar”.<sup>105</sup> Lovavdelingen uttaler at § 3-8 annet ledd ”ikke kan forstås slik at den er til hinder for at det inngås avtale mellom et aksjeselskap...og dets eiere som innebærer at det vederlaget selskapet mottar, er mer verdt enn det vederlaget selskapet yter.” Den tvil som har vært rundt ordlyden, må derfor nå anses å være opphørt i de tilfeller der selskapet blir gunstigere stillet.

---

<sup>105</sup> Tolkningsuttalelse 200804088 EP ASL.

Etter min oppfatning må § 3-8 annet ledd tolkes slik at den ikke oppstiller noe materielt krav utover det som følger av § 3-9. Verken der selskapet blir gunstigere stillet eller dårligere stillet. Det må være opp til generalforsamlingen å godkjenne om en avtale med ubalansert innhold skal inngås. En slik tolking samsvarer også best med forarbeidene og formålet med bestemmelsen. § 3-8 annet ledd oppstiller således ikke noen ytterligere krav til konserninterne avtaler enn de som oppstilles i aksjeloven ellers, for eksempel § 3-9.

## 6.6 Oppsummering

For konserninterne lånearrangementer får § 3-8 som nevnt over som hovedregel ikke utstrakt anvendelse. For det første vil mange konserninterne lånearrangementer vil falle utenfor saksbehandlingsbestemmelsen § 3-8 fordi ”ytelsen” ofte ikke vil utgjøre en tidel av aksjekapitalen. For de tilfeller der et lånearrangement utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen og således er omfattet av hovedregelen, vil det i de fleste situasjoner, likevel være unntatt jf. unntaket i § 3-8 første ledd nr 4, forutsatt at lånearrangementet er forretningsmessig begrunnet.

## 7 SÆRLIG OM LÅN OG KREDITT TIL MORSELSKAP, JF. §§ 8-7 OG 8-10

### 7.1 Særlig om lån og kreditt fra datterselskap til morselskap, forholdet til § 8-7

#### 7.1.1 Bestemmelsens omfang

I forbindelse med konserninterne lånearrangementer, er det naturlig å se hen til om de generelle bestemmelsene som regulerer kreditt til aksjeeiere kommer til anvendelse, jf. § 8-7. Aksjeloven § 8-7 setter begrensninger for situasjoner der et selskap gir kreditt eller stiller sikkerhet til fordel for en aksjeeier. Kreditt omfatter pengelån og andre pengekreditter.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Ot.prp nr. 19 (1974-1975) s. 192.

Alternativet å ”stille sikkerhet”, omfatter garantistillelse og sikkerhetstillelse i form av realsikkerhet.<sup>107</sup>

I § 8-7 tredje ledd nr 2 er imidlertid kreditt eller sikkerhet til fordel for et morselskap eller annet selskap i samme konsern unntatt forbudet i første ledd. For konserninterne lånearrangementer vil derfor ikke § 8-7 komme til anvendelse, med unntak av enkelte konserner med internasjonale morselskaper, behandlet nedenfor i punkt 7.1.2.

I § 8-7 fjerde ledd er et datterselskaps deltakelse i en konsernkontoordning særskilt unntatt fra forbudet. Dette unntaket gjelder i motsetning til unntaket i tredje ledd nr 2, også for utenlandske selskaper utenfor EØS, jf. § 1-4.

#### 7.1.2 Utenlandsk morselskap

Forbudet mot kreditt- og/eller sikkerhetsstillelse til fordel for et morselskap, gjør som nevnt over unntak for konserninterne lånearrangementer. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget der morselskapet er utenlandsk.

I § 1-4 annet ledd er det foretatt en uttømmende liste over hvilke regler som kommer til anvendelse på datterselskaper med et utenlandsk morselskap. Unntaket i § 8-7 tredje ledd nr 2 kommer kun til anvendelse der morselskapet hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen, og som er undergitt lovgivning som tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9.

For konserner der morselskapet hører hjemme i et land som ikke er part i EØS-avtalen, eller som er part i EØS-avtalen men ikke har tilsvarende eller strengere regler enn §§ 8-7 til 8-9, kommer altså begrensningen (forbudet) oppstilt i § 8-7 første ledd til full anvendelse. Dette innebærer at hvis for eksempel morselskapet hører hjemme i USA, vil et norsk datterselskap ikke kunne yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for det amerikanske

---

<sup>107</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 616.

moreselskapet utover den rammen av midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte.

Det kan stilles spørsmål ved hvordan et norsk datterselskap, med morselskap hjemmehørende i et land som er part i EØS-avtalen, skal kontrollere at dette landet er undergitt lovgivning som tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9. Teoretisk kan begrensningen begrunnes, men i praksis vil en slik vurdering være vanskelig å foreta.

### 7.1.3 Forholdet mellom §§ 8-7 og 3-8

Et spørsmål som kan reises er om § 3-8 kommer til anvendelse i de situasjoner som allerede er regulert av § 8-7. Kommer for eksempel § 3-8 til anvendelse der selskapet gir en aksjeeier kreditt eller sikkerhetsstillelse innenfor selskapets frie egenkapital, og hvor kreditten eller sikkerhetsstillelsen overstiger en tidel av selskapets aksjekapital. Ordlyden i bestemmelsene gir ingen klare holdepunkter.

§ 8-7 er en spesialbestemmelse som begrenser låneavtaler mellom selskapet og en aksjeeier. Bestemmelsen er i motsetning til § 3-8 laget spesielt for låneavtaler. For at § 3-8 ikke skulle komme til anvendelse må tilfellet være at § 8-7 anses som en *lex specialis* bestemmelse i forhold til den øvrige lovgivningen og § 3-8, og således ha forrang i forhold til den generelle regelen hvis det er motstrid mellom dem.

Selv om § 8-7 regulerer en spesifikk type situasjoner, kreditt til aksjeeiere m.v., kan den ikke tolkes dit hen at den uttømmende regulerer forholdet og hindrer andre bestemmelser i å komme med supplerende regulering. Formålet bak § 8-7 er å beskytte selskapets kreditorer.<sup>108</sup> Bestemmelsen gir ikke noe vern mot at det i strid med minoritetsaksjeeiernes interesser stilles kreditt eller sikkerhet så lenge det er innenfor den frie egenkapitalen. Hensynet til de øvrige aksjeeierne taler derfor for å la § 3-8 komme til anvendelse parallelt med § 8-7. På den annen side blir hensynet til øvrige aksjeeiere også ivaretatt av andre regler i aksjeloven. Aksjelovens regler om utbytte, inhabilitet, myndighetsmisbruk og

---

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 45.

erstatningsansvar kan få anvendelse på avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse mellom selskapet og aksjeeier.<sup>109</sup> Men som nevnt vil § 3-8 ivareta likhetshensynet på en annen måte enn de øvrige reglene, ved at avtaler i faresonen kommer frem i dagens lys.

Det kan heller ikke sies å foreligge særlig motstrid mellom hensynene bak §§ 3-8 og 8-7. Bestemmelsen § 3-8 har som nevnt et annet formål enn § 8-7 og de øvrige bestemmelsene som setter begrensninger. Formålet med § 3-8 er å få tvilsomme avtaler opp i dagens lys, mens § 8-7 regulerer hva som er materielt lovlig.

Konklusjonen blir dermed at bestemmelsene i §§ 3-8 og 8-7 i mange situasjoner vil dekke samme forhold og gjelde ved siden av hverandre.

#### 7.1.4 Oppsummering

For konserner med norske morselskap utgjør § 8-7 ingen begrensning i forhold til konserninterne lånearrangementer. For konserner med morselskap i et land som ikke er part i EØS-avtalen, eller er part i EØS-avtalen uten å ha like strenge regler som de norske, vil bestemmelsen sette skranker i forhold til situasjoner der datterselskapet ønsker å yte lån til, eller stille sikkerhet og/eller garanti for morselskapets forpliktelse. Datterselskapet kan da kun yte lån eller stille sikkerhet og/eller garanti innenfor den frie egenkapitalen. Slike datterselskaper kan likevel delta i en konsernkontoordning jf. § 8-7 fjerde ledd.

### 7.2 Særlig om lån og kreditt fra datterselskap til morselskap i forbindelse med morselskapets erverv av aksjer i datterselskapet, forholdet til § 8-10

#### 7.2.1 Bestemmelsens omfang

Der et selskap kjøper opp eller kjøper aksjer i et annet selskap oppstiller loven begrensninger i forhold til hva slags lånearrangementer som godtas mellom selskapet som kjøper og selskapet som blir (delvis) kjøpt. § 8-10 bygger på EUs annet selskapsdirektiv artikkel 23, og oppstiller et absolutt forbud mot visse former for økonomisk medvirkning

---

<sup>109</sup> Aarbakke m.fl (2004). s. 614.

fra selskapets side i forbindelse med erverv av aksjer i selskapet. Uttrykket ”erverv” omfatter også erverv i form av aksjetegning.<sup>110</sup> Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for at forbudet skal komme til anvendelse. For det første må selskapet ”stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet”, og for det andre må dette skje ”i forbindelse med” ervervet.

Hovedformålet med bestemmelsen er å hindre at kapitalforhøyelser blir finansiert ved lån fra selskapet. Finansiering fra selskapet kan være uheldig for selskapets kapitalsituasjon ved at det vil være en fare for at tegningen ikke innebærer noen reell tilførsel av kapital til selskapet. Bestemmelsen søker å verne selskapskapitalen og er primært gitt av hensyn til kreditorenes og aksjeeiernes interesse i en forsvarlig kapitalforvaltning.<sup>111</sup> I tillegg til hensynet til kreditorer og aksjeeiere, vil hensynet til ansatte og andre interessegrupper ivaretas ved at bestemmelsen også søker å hindre spekulasjonsoppkjøp av selskapets aksjer. Spekulasjonsoppkjøp er oppkjøp motivert av andre faktorer enn fremtidig drift, for eksempel en forventning om slakting av selskapet eller lignende. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at vernet av selskapskapitalen er det sentrale, og at samfunnsmessige hensyn kun bør tillegges vekt der dette er forenlig med andre hensyn.<sup>112</sup>

I forbindelse med konserninterne lånearrangementer kommer § 8-10 til anvendelse i hovedsakelig to situasjoner. For det første der et selskap kjøper mer enn 50 prosent av aksjene i et annet selskap, og således blir dettes morselskap. Etter kjøpet vil selskapene utgjøre et konsern. For det andre kan bestemmelsen komme til anvendelse i et eksisterende konsernforhold der et morselskap kjøper seg ytterligere opp i et datterselskap hvor det fra før kun er majoritetsaksjeeier. I begge disse situasjonene vil datterselskapet være underlagt begrensninger i forhold til hva det kan yte av lån og garanti- og/eller sikkerhetsstillelse til fordel morselskapet. § 8-10 kommer kun til anvendelse på datterselskapet. Kreditt eller

---

<sup>110</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 627.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48, Giertsen (2002) s. 18.

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48.



sikkerhetsstillelse fra morselskapet til fordel for datterselskapet er ikke omfattet av forbudet.

#### 7.2.2 Å "stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet"

I forhold til konserninterne lånearrangementer er ordlyden klar. Både de tilfeller der datterselskapet stiller garanti og/eller sikkerhet, og de tilfellene der det stiller lån til morselskapet, er omfattet. Ordlyden "lån" gjelder også kortere betalingsutsettelse. For eksempel vil en situasjon der et morselskap får handle aksjer i et datterselskap på kreditt klart være forbudt etter § 8-10. Dette gjelder til tross for at det kan være i datterselskapets interesse å bli kjøpt av morselskapet, for eksempel for å komme inn i et konsern som vil resultere i synergieffekter eller ønske om en finansiell sterk eier. Tilsvarende gjelder ordlyden "sikkerhet" også dersom datterselskapet avgir en kursgaranti til morselskapet.<sup>113</sup>

#### 7.2.3 "I forbindelse med"

Dette vilkåret innebærer et krav om en viss saklig og tidsmessig sammenheng mellom ervervet og lånet eller garantien/sikkerhetsstillelsen fra datterselskapet.<sup>114</sup> Forbindelsen mellom kravet til saklig og tidsmessig sammenheng er nær. Desto lengre tid det går, desto høyere krav må stilles til den saklige sammenhengen.<sup>115</sup>

Bestemmelsen inneholder ingen tidsmessig begrensning. Av forarbeidene fremgår det at det ble vurdert å sette en tidsramme på to år. Etter departementets syn var det ikke påkrevd med et slikt generelt forbud.<sup>116</sup> Ved vurderingen av hvor lang tid etter ervervet forbudet skal komme til anvendelse, må det foretas en konkret helhetsvurdering der styrken av den saklige sammenhengen vil være et viktig moment.

---

<sup>113</sup> Andenæs (2006) s. 480.

<sup>114</sup> NOU 1992: 29 s. 180.

<sup>115</sup> Giertsen (1996) s. 81.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48.

Den tilsvarende bestemmelsen i aksjeloven § 12-10 sjette ledd, hadde før EØS-tilpasningen ordlyden ”med sikte på”, i stedet for nåværende ordlyd ”i forbindelse med”. Den tidligere ordlyden anviste altså i større grad til en vurdering av formålet med ytelsen fra selskapet. Forarbeidene tar ikke stilling til om endringen innebærer en utvidelse. Våre naboland, synes å legge større vekt på selskapets formål ved ytelsen enn etter norsk rett.<sup>117</sup> Dette taler for å la formålet med ytelsen fra selskapet fortsatt ha betydning. Der formålet er å finansiere kjøpet, er kravet til saklig sammenheng klart oppfylt. Spørsmålet reises i de tilfeller det ikke kan påvises noe klart formål.

Ifølge forarbeidene, må vurderingstemaet ”særlig være hvorvidt det foreligger disposisjoner som er foretatt i sammenheng, og med sikte på å etablere en situasjon som i lys av formålene med bestemmelsen her ikke kan anses ønskelig”.<sup>118</sup> Disposisjoner som ikke har slik sammenheng og er forretningsmessig begrunnet er ikke rammet av bestemmelsen. Uttalelsen henviser til at det må foretas en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfelle om det er nødvendig å la forbudet gjelde.

Hensynet til at en investering i aksjeselskap skal være lønnsom, innebærer at det ikke kan stilles for strenge krav for en aksjeeiers mulighet til uttak fra selskapet. Kravet ”i forbindelse med” bør derfor innebære at det må foreligge en kvalifisert sammenheng mellom ytelsene fra datterselskapet og aksjeervervet.<sup>119</sup>

Dersom et konsern etter et oppkjøp refinansierer et ervervslån, oppstår spørsmålet hvorvidt det har adgang til å inkludere det nye datterselskapet i refinansieringen. En slik refinansiering kan være forretningsmessig begrunnet ved at det for eksempel oppnås gunstigere vilkår. Refinansieringen kan for eksempel gå ut på at alle datterselskapene stiller sikkerhet for morselskapets forpliktelser til fordel for långiver i forbindelse med en større refinansiering av hele konsernet. Spørsmålet blir da om det nye datterselskapet er

---

<sup>117</sup> Giertsen (1996) s. 77.

<sup>118</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 155.

<sup>119</sup> Giertsen (1996) s. 77.

forhindret fra å delta i en slik sikkerhetsstillelse. Dersom det nye datterselskapet er forhindret vil dette innebære en klar ulempe både for konsernet som helhet og det nye datterselskapet. Forarbeidene uttaler som nevnt at det ikke er ønskelig å sette noen tidsramme for forbudet. Begrunnelsen er bl.a. å ikke sette et absolutt forbud som kan risikere å ramme forretningsmessige begrunnede disposisjoner.<sup>120</sup> Der en refinansiering er forretningsmessig begrunnet, og ikke skjer som ledd i forbindelse med oppkjøpet, vil den trolig som hovedregel ikke være rammet av forbudet i § 8-10.

#### 7.2.4 Oppsummering

Der et (kommende) morselskap kjøper aksjer i et (kommende) datterselskap, vil § 8-10 sette klare begrensninger for et datterselskaps adgang til å yte finansiell bistand til det nye morselskapet. Vurderingen av hvorvidt en disposisjon er rammet av forbudet, må bero på en konkret helhetsvurdering. Momenter som er viktige ved vurderingen er formålet med disposisjonen, og hvorvidt det vil være i strid med formålet til § 8-10 å tillate disposisjonen.

## 8 KONSEKVENSER AV AT REGLENE IKKE OVERHOLDES

Dersom et konserninternt lånearrangement ikke er i samsvar med reglene behandlet over, vil det inntre ulike rettsvirkninger avhengig av hvilke regler som er overtrådt.

Virkingen av at et konserninternt lånearrangement anses å være i strid med § 3-6, er regulert i § 3-7. Den ulovlige utdelingen skal tilbakeføres til datterselskapet. Bestemmelsen suppleres av straffebestemmelsen i § 19-1. Den alminnelige erstatningsansvarsreglen i § 17-1 får begrenset anvendelse, da det i § 3-7 annet ledd er oppstilt en spesialregel.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48.

<sup>121</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 197.

§ 3-9 oppstiller ingen virkninger av at bestemmelsen er overtrådt, og bestemmelsen kan heller ikke anses som selvstendig hjemmel for å pålegge selskapene restitusjonsplikt.<sup>122</sup> Etter forarbeidene synes det forutsatt at eventuelle virkninger av brudd på § 3-9 kun kommer inn dersom også andre bestemmelser i loven er overtrådt.<sup>123</sup> Regelen gjør det imidlertid i prinsippet mulig for domstolene å overprøve selskapets vurdering av avtalens forretningsmessige nytteverdi, selv om domstolene nok vil være tilbakeholdne med å sette sitt skjønn over selskapets. Jeg antar derfor at bestemmelsen vil ha størst betydning som moment for å påvise brudd på de øvrige reglene som vil ramme et rettstridig konserninternt lånearrangement.

Manglende generalforsamlingsgodkjennelse etter § 3-8 fører til at avtalen ”ikke er bindende for selskapet”. Bestemmelsen inneholder dermed en spesiell tilblivelsesmangel, og gjør det mulig for nye aksjeeiere, et nytt styre, eller selskapets konkursbo i ettertid å anse seg ubundet av avtalen.<sup>124</sup> Det er altså kun datterselskapet som kan anse seg ubundet av avtalen. Selskapets medkontrahent (morselskapet) kan ikke påberope seg at § 3-8 ikke er overholdt. Etter § 3-8 tredje ledd skal ytelsene tilbakeføres, og erstatning kan bli aktuelt etter spesialregelen i § 3-7 annet ledd. Regelen vil antakelig bli oftere påberopt i nedgangstider hvor det fokuseres på regler som kan være en utvei fra ellers bindende avtaler for et selskap i en vanskelig situasjon, eller et konkursbo på søk etter inntektskilder.<sup>125</sup>

Dersom overtredelsen av § 3-8 består av mangelfull eller fraværende redegjørelse fra styret etter § 3-8 annet ledd jf § 2-6, er rettsvirkningen ikke fullt så klar. Denne redegjørelsen skal være grunnlaget for generalforsamlingens godkjennelse. Ved brudd på § 2-6, er det derfor vanskelig å forestille seg at feilen ikke kan ha fått innvirkning på utfallet av generalforsamlingens godkjennelse. Abrahamsen og Aase mener derfor at den faktiske

---

<sup>122</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 210.

<sup>123</sup> NOU 1996: 3 s. 192-193.

<sup>124</sup> Bråthen (2007) s. 88.

<sup>125</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 341.

hovedregel vil være at manglende redegjørelse etter § 2-6 vil innebære at vedtaket ikke er gyldig.<sup>126</sup> Videre kan det oppstå spørsmål om hva rettsvirkningen er der redegjørelsen ikke er sendt til Foretaksregisteret. Kreditorer blir da ikke gjort kjent med avtalen, og får ikke anledning til å angripe den.<sup>127</sup> En tolkning av ordlyden i § 3-8 innebærer imidlertid at det er manglende generalforsamlingsgodkjennelse som fører til ugyldighet. Manglende foretaksregistrering kan derfor ikke føre til at generalforsamlingens godkjennelse skal anses ugyldig med den følge at avtalen ikke er bindende for selskapet etter første ledd.

Disposisjoner som er i strid med §§ 8-7 og 8-10, vil etter § 8-11 være ugyldige. Et løfte om å inngå slik avtale er dermed ikke bindende.<sup>128</sup> Etter § 8-11 annet ledd, skal det som er overført i forbindelse med et slikt ugyldig løfte straks tilbakeføres.

---

<sup>126</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 364.

<sup>127</sup> Abrahamsen og Aase (2004) s. 365.

<sup>128</sup> Aarbakke m.fl. (2004) s. 631.

## 9 REGISTER

### Litteratur

Abrahamsen og Aase. Thomas Abrahamsen og Sindre Aase. *Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8- en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær*. Tidsskrift for Forretningsjus nr 3/2004 side 341-372.

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo 2006.

Andersen, Paul Krüger. *Europæisk konsernret Quo vadis?* Nordisk tidsskrift for selskapsrett nr. 4, 2006 side 87-99.

Bråthen, Tore. *Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen*. Nordisk tidsskrift for selskapsrett, nr. 3, 2007 side 65-89.

Bråthen, Tore. *Etterkontrollen av de norske aksjelovene*. Nordisk tidsskrift for selskapsrett, nr 2, 2006 side 32-46.

Bråthen, Tore. *Styremedlem og aksjonær*. Sandvika 2004.

Bråthen, Tore. *Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett*. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. København 2003 side 875-893.

Eide og Stavang. Erling Eide og Endre Stavang. *Rettsøkonomi I*. Oslo 2005.

Giertsen, Johan. *Selskapsfinansierte aksjeerverv*. Revisjon og regnskap nr 6, 2002.

Giertsen, Johan. *Selskapsfinansierte aksjeerverv*. Bergen 1996.

Haddeland, Svein. *Konserninterne transaksjoner kontrolleres*. Revisjon og Regnskap nr. 3, 2007.

Perland, Olav Fr. *Kapitalbeskyttelse for enhver pris?* Tidsskrift for Forretningsjus nr 4/2004 side 526-580.

Sigurdson, Halvor. *Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende*. Artikkel fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange, Årbok 2006 s. 118-130.

Skaar og Ellneby. Arvid Aage Skaar og Christian Ellneby. *Armlengdes rentesats ved konserninterne lån*. Revisjon og regnskap nr. 4, 1998.

Stølen, Liv. *Konsernledelse*. Nordisk tidsskrift for selskapsrett nr 1, 2004 side 402.

Werlauff, Erik. *Werlauff's kommenterede aktiebeskabslov*. København 2002.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. Oslo 2005.

Aarbakke m.fl. Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre. *Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave*. Oslo 2004, 2. utgave.

## **Lover**

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven 1957) av 6. juli 1957 nr. 4 (opphevet).

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven 1976) av 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet).

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven).

Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.

Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr. 78.

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.

Endringslov til aksjeloven (EØS tilpasning) av 22. desember 1995 nr. 80

Endringslov til aksjelovgivningen mv. av 15. desember 2006 nr. 88

### **Utenlandske lover**

Svensk lovgivning: Aktiebolagslag (2005:551).

Dansk lovgivning: Lov om aktieselskaber af 8. oktober 2004 nr. 1001.

### **Forarbeider**

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper.

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) Om lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper. m.v. (EØS tilpasninger).



Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Ot.prp. nr 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.

Innst.O. nr. 80 (1996.1997) Innstilling frå justiskomiteen om aksjeselskap (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskap (allmennaksjeloven), og endringer i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m.

### **Etterarbeider**

Aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-8. Lovavdelingens tolkningsuttalelse – 200804088 EP ASL, 4. juli 2008.

### **Direktiver**

EUs annet selskapsdirektiv (kapitaldirektivet), 77/91/EØF.

### **Rettspraksis**

Rt. 1928 s. 540.

Rt. 1939 s. 699.

Rt. 1994 s. 132.

Oslo Byretts dom av 27. juni 1990.

Borgarting lagmannsrett 6. november 2003 (LB-2003-9811).

Agder lagmannsrett 25. oktober 2006 (LA-2006-38534).

